Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Ernst Hecking

Referendar in Köln

Marburg 1927

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1927

Berichterstatter: Prof. D. Dr. Dr. Bredt

Von der Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg
als Dissertation im Juli 1927 angenommen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Schrifttum VII

A. Einleitung 1
1. Begriff der richterlichen Prüfungszuständigkeit 1
2. Umfang der Streitfrage und Abgrenzung der Untersuchung 2
3. Inhalt der formellen und materiellen Prüfung 3
4. Bedeutung und Eigenart der Streitfrage 4

B. Hauptteil 5
§ 1. Die Stellungnahme der Reichsverfassung und der Verfassungen der deutschen Länder 5
§ 2. Die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der äußeren Förmlichkeiten der Reichsgesetze 9
§ 3. Die verneinenden Lehren der richterlichen Prüfungszuständigkeit nach dem Stand der Wissenschaft und der Rechtsprechung . . . 12
I. Die Wertung des verfassungsmäßigen Zustandes 12
II. Die rechtlichen Gegengründe gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit 13
a) Die Lehre von der Ausfertigung, Art. 70 RV. 14
b) Die Beweisführung aus Art. 13 Abs. 2 RV. 17
c) Die Lehren von der Gewaltenteilung 20
III. Rechtsvergleichende Untersuchungen 23
IV. Staatspolitische Erörterungen 27
V. Die Rechtsprechung 31
§ 4. Die bejahenden Lehren der richterlichen Prüfungszuständigkeit nach dem Stand der Wissenschaft und der Rechtsprechung 33
I. Die Wertung des verfassungsmäßigen Zustandes 33
II. Die rechtliche Begründung der richterlichen Prüfungszuständigkeit 34
a) Die Nichtigkeit verfassungswidriger Reichsgesetze 35
b) Die Zuständigkeit des Richters 43
c) Die Beweisführung aus Art. 178 Abs. 2 RV. 47
III. Staatspolitische Erörterungen 48
IV. Die Rechtsprechung 55
§ 5. Gesetzgeberische Bestrebungen der neueren Zeit 61

C. Schluß 69

Schrifttum.

Adamovich, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof. Leipzig und Wien 1924.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 5. Aufl. Berlin 1926.

Archiv des öffentlichen Rechts. Tübingen.

Arndt, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1921.

Arndt, Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. November 1920. Berlin und Leipzig 1921.

Bornhak, Grundriß des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. Erlangen und Leipzig 1921.

Bornhak, Die Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920. Berlin 1921.

Brusa, Das Staatsrecht des Königreichs Italien. Handbuch des öffentlichen Rechts. Bd. IV, 1. Freiburg 1892.

Deutsche Juristen-Zeitung. Berlin.

Deutsche Richter-Zeitung. Berlin.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Einleitung, Allgemeiner Teil. 22.—24. Aufl. Marburg 1924.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 5. Aufl. Tübingen 1920.

Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Bd. XII der Sammlung „Das öffentliche Recht der Gegenwart". Tübingen 1911.

v. Freytagh-Loringhoven, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895.

Giese, Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 6. Aufl. Berlin 1925.

Giese, Grundriß des Reichsstaatsrechts. 2. Aufl. Bonn 1922.

Giese-Volkmann, Die preußische Verfassung vom 30. November 1920. 2. Aufl. Berlin 1926.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

Handbuch der Politik. 3. Aufl. Berlin und Leipzig.

Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht. Berlin. Bd. I 1922, Bd. II 1923.

Hirths Annalen des Deutschen Reichs.

Huber, Die Verfassung des Freistaates Preußen vom 30. November 1920. Mannheim, Berlin u. Leipzig 1921.

Hubrich, Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches. Greifswald 1921.

Jellinek, Verfassung und Verwaltung des Reiches und der Länder. Leipzig und Berlin 1925.

Juristische Wochenschrift. Leipzig.
Die Justiz. Berlin.
Kelsen, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Wien und Leipzig 1922.
Kelsen, Staatsunrecht. Wien und Leipzig.
Koellreuter, Das Verfassungsrecht der Angelsächsischen Staatenwelt. Berlin 1923.
Kölnische Zeitung. Köln 1927.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. II. 5. Aufl. Tübingen 1911.
Lebon, Das Verfassungsrecht der französischen Republik. Bd. VI der Sammlung „Das öffentliche Recht der Gegenwart". Tübingen.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Berlin und Leipzig.
Lenel, Über die Reichsverfassung. Freiburg 1920.
Meißner, Das neue Staatsrecht des Reichs und seiner Länder. Berlin 1921.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. München und Leipzig 1919.
Morstein-Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes. Berlin-Grunewald 1927.
Aktenstücke zu den Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung. 1919/20.
Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht. München, Berlin und Leipzig 1923.
Poetzsch, Handausgabe der Reichsverfassung vom 11. August 1919. 2. Aufl. Berlin 1921.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin.
Preußisches Verwaltungsblatt. Berlin.
Berichte und Protokolle des Achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin 1920.
Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Berlin.
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs. München.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Berlin und Leipzig.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Berlin und Leipzig.
Aktenstücke zu den Verhandlungen des Reichstags 1920/21. Berlin.
Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts. Berlin.
Schack, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen. Berlin 1918.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 5. Aufl. Tübingen 1913.
Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Bd. I. Berlin und Leipzig 1924.
Stier-Somlo, Kommentar zur Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920. Berlin und Leipzig 1921.
Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Tübingen 1923.
Verhandlungen des 5. Preußischen Richtertages und der Vertreterversammlung des Preußischen Richtervereins. Berlin 1926.
Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentags. Berlin und Leipzig 1922.
Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer. Berlin und Leipzig.
Verwaltungsarchiv. Berlin.
Vogels, Die Preußische Verfassung. Berlin 1921.
Waldecker, Die Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920. Berlin 1921.
Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Berlin und Leipzig.

A. Einleitung.

1. Unter richterlicher Prüfungszuständigkeit versteht man das Recht und die Pflicht des Richters, die ihm zustehende Gerichtsbarkeit in bezug auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit, Verordnungs-, Gesetz- und Verfassungsmäßigkeit, von Rechtsnormen auszuüben. Der wissenschaftliche Sprachgebrauch bezeichnet die Frage nach der richterlichen Prüfungszuständigkeit mißverständlich als „richterliches Prüfungsrecht", obschon anerkanntermaßen kein subjektives Recht des Richters in Frage steht, wie die überkommene Streitbenennung äußerlich erscheinen läßt. Ein subjektives richterliches Recht würde inhaltlich durch die Interessen des Richters bestimmt. Der Streit bewegt sich aber nicht um ein richterliches Standesinteresse, sondern vielmehr um öffentlichrechtliche Belange der Rechtsprechung. Es handelt sich um die sachliche Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen, d. h. um „eine Wechselwirkung von Amtsbefugnis und Amtspflicht, in der sich das Wesen einer echten Zuständigkeit erschöpft"[1]). Ungeachtet dessen hat sich die alte Bezeichnung bis in die Gegenwart erhalten.

Wie sehr das Problem gerade auf die richterliche Zuständigkeit abgestellt ist, beweisen bereits die Ausführungen Gierkes, welcher ausdrücklich von einer „Zuständigkeitsfrage" spricht[2]), ohne jedoch den Mangel in der üblichen Streitbenennung zu erkennen und zu beheben. Es ist offenbar das Verdienst von K. Perels, zuerst auf den irreführenden Sprachgebrauch hingewiesen zu haben[3]). Im Anschluß daran hat die Bezeichnung des angedeuteten Fragenkreises als „richterliche Prüfungszuständigkeit", soweit bekannt, zuerst in einer Dissertation von Lutteroth[4]) Verwendung gefunden. Später haben sich auch Breiholdt, Morstein-Marx und Wolgast dazu bekannt[5]). Die Prägung der

[1]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 3 f.; auch RGZ. Bd. 103 S. 201.
[2]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 136.
[3]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 3 Anm. 4.
[4]) Vgl. Lutteroth, Die Prüfungszuständigkeit des deutschen Richters nach der Reichsverfassung vom 11. August 1919 (1922) (ungedruckt).
[5]) Vgl. Breiholdt im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 319 ff.; Morstein-Marx a. a. O. S. 2 ff.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 218 Anm. 1; Wolgast in Hirths Annalen 1921/22 S. 330 Anm. 2.

Streitfrage als „richterliche Prüfungszuständigkeit" darf somit bereits in bescheidenem Ausmaße als gebräuchlich angesprochen werden. Wie sich aber der Einsicht nicht zu verschließen ist, daß das „richterliche Prüfungsrecht" ein Problem der richterlichen Zuständigkeit ist, so darf es vielleicht auch nicht befremden, wenn in den folgenden Untersuchungen aus Gründen der Klarheit die alte Streitfrage unter der zutreffenderen, wenn auch weniger üblichen Bezeichnung als „richterliche Prüfungszuständigkeit" behandelt werden wird. Neue Gesichtspunkte für das Problem lassen sich hieraus nicht gewinnen. Immerhin erfährt die entscheidende Eigenart der Frage, nämlich im Grunde ein Problem der richterlichen Zuständigkeit zu sein, besondere Betonung.

2. Die aufgeworfene Frage ist von jeher streitig gewesen. Sie ist jedoch nur insoweit streitig geblieben, als gefragt wird, ob mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Richter zuständig ist, zu prüfen, ob das rechtsgültig verkündete Gesetz formell und sachlich der Verfassung des gesetzgebenden Staates entspricht, und ob er bei erkannter Verfassungswidrigkeit berechtigt ist, einem solchen Gesetz die Anwendung zu versagen. Dagegen ist und war die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung stets in den Fällen anerkannt, wo es sich darum handelt, ob das, was sich dem Richter äußerlich als Gesetz darstellt, wirklich Gesetz ist, ob die Rechtsvorschrift in der Form, wie sie verkündet ist, noch Geltung hat, und ob die anzuwendende Norm nicht vielleicht einer Norm höheren Ranges widerspricht. Im einzelnen ergibt sich folgendes:

a) Der Richter ist verpflichtet, vorerst zu prüfen, ob das, was ihm mit dem Anspruch, Gesetz zu sein, entgegentritt, schon rein äußerlich als Gesetz erscheint. Die Prüfung besteht darin, daß er sich davon überzeugt, daß das Gesetz ordnungsmäßig verkündet ist. Ist das Gesetz nach den Vorschriften der Verfassung im Gesetzblatt bekannt gemacht, so spricht die Vermutung für die Rechtsgültigkeit des Gesetzesabdrucks.

b) Der Richter hat nach dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori" von Amts wegen darüber zu befinden, ob die anzuwendende Rechtsvorschrift nach Inhalt und Umfang, wie sie ursprünglich verkündet war, noch Gültigkeit hat oder ob sie durch einen späteren Rechtssatz abgeändert oder aufgehoben worden ist.

c) Der Richter hat bei widerstreitenden Rechtsnormen ein etwaiges Rangverhältnis zu berücksichtigen und der höher gestellten Norm den Vorzug zu geben. Ein solches Rangverhältnis besteht sowohl zwischen den Rechtsvorschriften eines Gemeinwesens und denen des staatsrechtlich übergeordneten Verbandes, also zwischen Landes- und Reichsrecht schlechthin, zwischen den Satzungen der mit Autonomie ausgestatteten innerstaatlichen Verbände, Kommunalverbände — Kirchen untereinander,

und den Normen des Staates selbst, wie zwischen den Normen übertragener Staatsgewalt und denen des ermächtigenden Gesetzgebers, also zwischen Reichs- bzw. Landesverordnungen und Reichs- bzw. Landesgesetzen.

Über dieses Ergebnis anerkannter richterlicher Prüfungszuständigkeit herrscht Einigkeit[6]). Es bleibt also nur das eigentliche Gebiet der Gesetze streitig. Die Grundlage des Streites entfällt auch in dieser Hinsicht bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, wie dies z. B. in Preußen bis zur Revolution der Fall war, Art. 106 Abs. 2 pr. VU. vom 31. Januar 1850. Soweit dieses nicht geschehen ist, bleibt das Problem in Geltung. Es fragt sich also, ob der Richter zuständig ist, auch Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Für Landesgesetze beantwortet sich die Frage grundsätzlich nach Landesrecht. Bei schweigender Landesverfassung wird das Problem jedoch mit Rücksicht auf die bedingenden und bedingten Wechselwirkungen zwischen Reich und Ländern nur einer einheitlichen Lösung zugeführt werden dürfen[7]). Aus diesen Gründen erübrigt es sich, in eine landesstaatsrechtliche Untersuchung einzutreten. Denn die Beantwortung der Streitfrage nach dem maßgeblichen Landesstaatsrecht wird von dem jeweiligen Ergebnis nach dem geltenden Reichsrecht abhängig sein. Die weiteren Untersuchungen werden somit dem Gebiet des Reichsrechts angehören, wobei jedoch ein gelegentlicher Hinweis auf das Landesrecht nicht ausgeschlossen ist.

3. In dem Streit um die Prüfungszuständigkeit des Richters ist zwischen formeller und materieller Prüfung zu unterscheiden. Jene betrifft die Frage, ob das anzuwendende Gesetz auf dem durch die Verfassung vorgezeichneten Wege zustandegekommen ist. Diese befaßt sich mit der sachlichen Vereinbarkeit des rechtsgültig zustandegekommenen Gesetzes mit den materiell-rechtlichen Vorschriften der Verfassung.

Streng genommen ist diese Unterscheidung nicht unter allen Umständen haltbar und zweckdienlich, da bei verfassungsändernden Gesetzen die in der Reichsverfassung vorgesehenen Erschwerungen des Zustandekommens, insbesondere Art. 76 RV., auch formell-rechtlichen Charakter tragen. Sind andererseits die Voraussetzungen für Verfassungsänderungen hinsichtlich solcher Gesetze gewahrt, so erscheint eine Abgrenzung zwischen formeller und materieller Prüfung überflüssig, da nach der im Gesetzgebungsverfahren bestehenden Übung eine besonders hervorgekehrte Änderung, Erweiterung oder Einschränkung der

---

[6]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 3, zu Art. 102 Anm. 3—5.
[7]) Vgl. auch Radbruch in Die Justiz 1925 S. 12.

betreffenden Verfassungsvorschrift nicht vorgesehen ist[8]). Trotz dieser Mängel soll die Unterscheidung beibehalten bleiben, weil sie in neuerer Zeit nicht nur üblich, sondern auch gelegentlich in formeller oder materieller Hinsicht Gegenstand verschiedener Beurteilung ist. Eine Abgrenzung nach andern Gesichtspunkten gehört der Vergangenheit an[9]).

4. Die Bedeutung der zur Erörterung stehenden Frage ist wiederholt in Abrede gestellt worden[10]). Ist auch ein gewisses Mißverhältnis zwischen den ausgiebigen wissenschaftlichen Untersuchungen und den zahlenmäßig seltenen Fällen, in welchen ein Gericht in die Lage versetzt war, ein Reichsgesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, nicht zu bestreiten, so darf doch nicht verkannt werden, daß das Problem tatsächlich zu einer Quelle von Unzuträglichkeiten, politischen Spannungen und Krisen anwachsen kann. Denn einerseits führt die Ungewißheit des streitigen Rechtszustandes bei der Gesetzesanwendung zur Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts[11]). Andererseits werden sich aber vor allem wenig erwünschte Folgeerscheinungen eines politischen Streites zwischen der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt dann einstellen, sobald ein deutsches Gericht sich dazu versteht, einem vom Reichstag beschlossenen und vom Reichspräsidenten ausgefertigten und verkündeten Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen. Mit diesen Gründen, die wegen der engen politischen Berührungspunkte erhöhte Beachtung verdienen, sollten übereilte Bedenken gegen die Bedeutung der Frage überwunden sein[12]).

Die politische Eigenart hat sich bedauerlicherweise auch in dem wissenschaftlichen Streit ausgewirkt. Die Verquickung der Rechtsfrage der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung mit Zweckmäßigkeitserwägungen ist so alt wie die Frage selbst. Es muß zugegeben werden, daß die Gefahr begründet ist, aus einer politisch beeinflußten Denkungsart unbewußt rechtliche Folgerungen zu ziehen. Damit ist aber in

---

[8]) Vgl. Thomas im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 267 Anm. 1; auch Jellinek a. a. O. S. 103; Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 156 Anm. 13; Preuß in DJZ. 1924 Sp. 653; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 44.

[9]) Vgl. Schack a. a. O. S. 28 und das in Anm. 1 angeführte Schrifttum.

[10]) Vgl. Fleischmann im Handb. d. Pol. Bd. I S. 228; Hensel im ArchöffR. N. F. Bd. 6 S. 331, auch S. 333; Lenel a. a. O. S. 30; widersprechend Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 280, 268.

[11]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 837, 839.

[12]) Vgl. im Ergebnis Arndt im Recht 1920 Sp. 105 f.; Bendix in JW. 1924 S. 527; Külz in DJZ. 1926 Sp. 837, 839; Morstein-Marx a. a. O. S. 6 f.; Schack im ArchöffR. Bd. 41 S. 164; ders. in GruchBeitr. Bd. 66 S. 81 f.

keiner Weise eine solche rechtlich-staatspolitische Methode zu rechtfertigen, es sei denn, daß das Problem einer rechtlichen Lösung verschlossen ist, wie verschiedentlich angenommen wird[13]). Ob das zutrifft, müssen die weiteren Untersuchungen ergeben.

In neuerer Zeit ist gegen die Durchsetzung von Rechtsausführungen mit staatspolitischen Erwägungen in Wahrung berechtigter wissenschaftlicher Interessen wiederholt Widerspruch erhoben worden[14]). Denn Zweckmäßigkeitserwägungen sind für die Rechtsfrage der Zulässigkeit der Prüfung ohne jede Bedeutung. Nach gewonnener rechtlicher Erkenntnis vermögen sie Wert oder Unwert der geltenden Verfassung zu bestimmen. Ein staatspolitisch unbefriedigendes Ergebnis bedeutet in rechtspolitischer Hinsicht, daß eine Änderung des geltenden Rechts erforderlich ist. Keinesfalls aber darf aus dem unzuträglichen Ergebnis die Unrichtigkeit der rechtlichen Erkenntnis gefolgert werden. Diese Einsicht sollte endgültig Gemeingut wissenschaftlicher Untersuchung werden.

B. Hauptteil.

§ 1.

Die Stellungnahme der Reichsverfassung und der Verfassungen der deutschen Länder.

Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 hat ebenso wie das Verfassungsgesetz vom 16. April 1871 das alte Problem der richterlichen Prüfungszuständigkeit unentschieden gelassen. Die Änderung der Staatsform ist aber für den überkommenen Streit nicht ohne Einfluß geblieben. Wie einerseits staatspolitisch neue Gesichtspunkte zur Geltung gekommen sind, hat andererseits die Frage der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung gegenüber der alten Staatslehre vor allem in Bühler, Hubrich, Poetzsch, Triepel u. a. m. und nicht an letzter Stelle der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe bedeutende Anhänger gewonnen[1]).

---

[13]) Vgl. Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 319 f.; Cohn in Gruch. Beitr. Bd. 63 S. 513; Morstein-Marx a. a. O. S. 5 ff.; ders. im ArchöffR. N. F. Bd. 6 S. 222; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13; Thoma im Arch. öffR. N. F. Bd. 4 S. 272 f., S. 270.

[14]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 14 ff.; Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 81 f.

[1]) Vgl. hierzu Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 317 ff. Anm. 112; Morstein-Marx a. a. O. S. 68 ff., 71 mit einer eingehenden Gegenüberstellung von Anhängern und Gegnern der richterlichen Prüfungszuständigkeit.

Ist auch das Problem verfassungsmäßig ungelöst geblieben, so hat dieses doch anläßlich der Beratungen der deutschen Reichsverfassung im Verfassungsausschuß eine eingehende Erörterung erfahren. Den Anstoß hierzu gab ein Antrag des Abgeordneten Ablaß, dem Staatsgerichtshof auf Antrag von hundert Mitgliedern des Reichstags die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und die Übereinstimmung von Verwaltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu übertragen, sowie die Entscheidung mit bindender Kraft auszustatten. Ablaß führte zur Begründung seines Antrages aus, daß er mit diesem eine Lösung der Frage bezwecke, ob „jeder Richter ... die Berechtigung habe, ein verkündetes Gesetz daraufhin zu prüfen, ob es verfassungsmäßig zustandegekommen sei und, wenn er begründete Zweifel habe, zu erklären, daß dieses Gesetz von ihm als nicht gültig behandelt werde". Es bestünden zwei Möglichkeiten der Regelung, entweder sei jedes Gesetz von jedem Richter ohne weiteres als gültig anzusehen oder jeder Richter habe jeweils über die Verfassungsmäßigkeit eines jeden Gesetzes zu befinden. Im letzteren Falle halte er seinen Antrag für entbehrlich. Seine Ansicht gehe jedoch dahin, daß die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze dem Richter entzogen sei [2]). Der Vorschlag von Ablaß ist nicht unwidersprochen geblieben und im Ergebnis mit Stimmengleichheit abgelehnt worden.

In der Aussprache haben sich neben Ablaß Kahl — nicht umgekehrt, wie Külz irrtümlich annimmt [3]) — und Sinzheimer zu einer Verwerfung der richterlichen Prüfungszuständigkeit bekannt, während Preuß, Düringer, Cohn und Katzenstein mindestens die Zuständigkeit des Richters zu materieller Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen befürwortet haben [4]). Jellinek rechnet „nach der authentischen Erklärung Kahls" zu Unrecht Düringer zu den Gegnern in materieller, Anhängern in formeller Hinsicht [5]). Vielmehr spricht manches dafür, Düringer, wie vielleicht auch Cohn und Katzenstein, als überzeugten Verteidiger der richterlichen Zuständigkeit sowohl zu formeller wie materieller Prüfung anzusprechen. Die Wertung der Ansicht des damaligen Reichsinnenministers Preuß, der nach Jellinek mit Rücksicht auf „§ 51 Abs. II seines, in diesem Punkte nicht angenommenen Entwurfs befangen und im Irrtum (nämlich über die Stellungnahme Gneists) war" [5]), ist neuerdings überholt, da Preuß sich auch später noch für die Zulassung

---

[2]) Vgl. Ablaß in Prot. d. VerfA. S. 483.
[3]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 838.
[4]) Vgl. Prot. d. VerfA. S. 483—86.
[5]) Vgl. Jellinek in DJZ. 1921 Sp. 753.

der richterlichen Prüfung ausgesprochen hat[6]). Es kommt hinzu, daß der Urheber der irrtümlichen Berufung auf Gneist nicht Preuß, sondern Ablaß war[7]).

Immerhin muß Jellinek zugegeben werden, daß die Verhandlungen im Verfassungsausschuß oft genug irrtümlich und mißverständlich sind und daher wissenschaftlich nur geringen Wert besitzen. Berührt es schon eigenartig, daß sich bei der Behandlung der Frage zwischen Abgeordneten Widersprüche ergaben, die nach ihrer politischen Gesinnung übereinstimmend hätten entscheiden müssen, so lag vielleicht der letzte Mißerfolg daran, daß die Aussprache abgebrochen wurde, ehe die durch die Revolution bedingten Änderungen im Staatsleben gebührende Beachtung gefunden hatten.

Gelegentlich der Ausschußberatungen des Gesetzentwurfs über die Errichtung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich ist auf eine befriedigendere parlamentarische Behandlung der Frage unter Hinweis auf die Erfolglosigkeit der Erörterungen im Verfassungsausschuß erneut verzichtet worden[8]).

Die deutschen Länder sind in ihrer Mehrheit dem Vorbild des Reichs gefolgt und haben von einer verfassungsmäßigen Lösung der Streitfrage Abstand genommen. Nur die bayerische und die schaumburg-lippische Verfassung bilden eine Ausnahme. Das Wesen des Art. 61 pr. VU. ist umstritten[9]). Während nach § 47 schaumb.-lipp. VU. für das schaumburg-lippische Landesrecht die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze und Notgesetze ausschließlich dem Landtag übertragen, also der Zuständigkeit des Richters entzogen ist, ordnet die bayerische Verfassung umgekehrt nicht nur für das bayerische Landesrecht, sondern schlechthin die Prüfung der Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit an.

Die bayerische Verfassung besagt in § 72:

> „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden prüfen bei ihren Entscheidungen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reichs, dieser

---

[6]) Vgl. Preuß in DJZ. 1924 Sp. 649 ff., insbes. S. 654; auch private Mitteilung an Morstein-Marx, vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 32 f.

[7]) Vgl. Ablaß in Prot. d. VerfA. S. 483.

[8]) Vgl. Aktenstücke des Reichstags 1920/21 Nr. 1592.

[9]) Vgl. Arndt, Pr. Verf. S. 106 f.; Bornhak, Pr. Verf. S. 52; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 583 Anm. 3; Giese-Volkmann a. a. O. S. 192; Huber a. a. O. S. 125 ff.; Schack im ArchöffR. Bd. 41 S. 165, 169; Stier-Somlo, Pr. Verf. S. 120, 196; Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 283: Vogels a. a. O. S. 135; Waldecker a. a. O. S. 134 ff.

Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz in Widerspruch steht."

Es fragt sich, ob diese Bestimmung rechtsgültig ist. Ist dies der Fall, so wäre für das bayerische Landesgebiet die Frage entschieden. Die bayerische Vorschrift ist jedoch m. E. nicht bedenkenfrei. Sie wird ohne Zweifel insoweit in den Rahmen der Zuständigkeit der bayerischen Gesetzgebungsgewalt gehören, als die bayerischen Gerichte ermächtigt werden, bayerische Landesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der bayerischen Verfassung zu prüfen. Die Zuständigkeitsgrenze wird jedoch überschritten, soweit die Gerichte damit betraut sind, bayerische Gesetze auf Reichsverfassungsmäßigkeit und Reichsgesetze auf bayerische und Reichsverfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Die bayerische Vorschrift verstößt zunächst gegen Art. 13 Abs. 1 RV., soweit sie die Prüfung von Landesgesetzen auf Reichsverfassungsmäßigkeit anordnet. Denn Art. 13 Abs. 1 RV. bestimmt nicht nur, daß „Reichsrecht Landrecht bricht", sondern bedeutet weiter, daß auch kein Landesgesetz das wiederholen darf, was bereits reichsrechtlich geregelt ist. Es kommt hinzu, daß Art. 13 Abs. 1 RV. über § 72 bayer. VU. hinaus die Pflicht begründet, alles von den Gerichten anzuwendende Landesrecht auf Reichsrechtmäßigkeit schlechthin, nicht nur Reichsverfassungsmäßigkeit zu prüfen. Die reichsrechtliche Regelung überschreitet also bereits den Rahmen der bayerischen Vorschrift.

In ähnlicher Weise ist die bayerische Bestimmung über den Fall eines Mißverhältnisses zwischen einem Reichsgesetz und der bayerischen Verfassung zurückzuweisen. Denn es liegt gar kein „Widerspruch" vor. Tritt der angedeutete Tatbestand einmal ein, so besagt das, daß der Reichsgesetzgeber seine Zuständigkeit zuungunsten der Landesgesetzgebung erweitert hat. Ob hierbei die durch Art. 76 RV. für Verfassungsänderungen vorgesehenen Erschwerungen vorgelegen haben, betrifft aber gerade die streitige und hier zu erörternde Frage der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung von Reichsgesetzen auf ihre Reichsverfassungsmäßigkeit. Denn in diesem Falle läge — entgegen § 72 bayer. VU. — ein Widerspruch zwischen einem Reichsgesetz und der Reichsverfassung vor. Darüber ist überdies in der gleichen Vorschrift eine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Kann auch auf die Streitfrage selbst an dieser Stelle nicht eingegangen werden, so sei immerhin schon hier festgestellt, daß, unbeschadet um das Ergebnis unserer Untersuchungen, „die Materie ‚Reichsgesetzgebung', ohne im Art. 6 RV. mitaufgezählt zu sein, in den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis des Reichs fällt, und zwar aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen ... Zu dieser Materie gehört nicht nur der Weg der Gesetzgebung, sondern auch das Verhältnis der Reichsgesetze zu den Landes-

gesetzen und zur Reichsverfassung, sowie alles, was sich auf die Kraft und die Wirkungen der Reichsgesetze bezieht, mithin auch die Frage ..., ob dem Richter das Prüfungsrecht zusteht oder nicht."[10]) Diese Fragen sind damit der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers entzogen, mithin ist § 72 bayer. VU. insoweit rechtsungültig[11]). Eine gesetzliche Regelung der Zuständigkeit des Richters, Reichsgesetze auf ihr Rechtsdasein und ihre inhaltliche Vereinbarkeit mit den Vorschriften der Reichsverfassung zu prüfen, ist also bis heute noch nicht erfolgt.

§ 2.

Die richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der äußeren Förmlichkeiten der Reichsgesetze.

Die Zulässigkeit der Prüfung von Reichsgesetzen durch den Richter ist hinsichtlich ihrer ordnungsmäßigen Verkündung, wie bereits vorweg gesagt, seit jeher anerkannten Rechts gewesen. Der nur dem Gesetz unterworfene Richter ist berechtigt und verpflichtet, von Amts wegen festzustellen, ob das anzuwendende Gesetz unter Einhaltung der verfassungsmäßigen Veröffentlichungsbestimmungen im Reichsgesetzblatt kundgemacht worden ist. Bei gehöriger Bekanntgabe spricht die Vermutung für das Rechtsdasein des Gesetzes inhaltlich seines Abdrucks im Gesetzblatt. Im Schrifttum wird sich meist ohne rechtliche Begründung mit dem Hinweis begnügt, die Prüfung der äußeren Förmlichkeiten des Zustandekommens eines Gesetzes sei unbestritten. Eine eingehende Untersuchung darf nicht bei dem Ergebnis stehenbleiben. zumal die Zulässigkeit der Formalienprüfung nicht in solcher Allgemeinheit anerkannt ist.

Bei dem Zustandekommen der Gesetze ist zwischen innerem und äußerem Gesetzgebungsverfahren abzugrenzen. Durch die Ausstattung des Gesetzentwurfs mit verbindlicher Kraft, den Gesetzesbefehl, wird das eigentliche, innere Verfahren abgeschlossen. Gesetzgeber ist naturgemäß der Träger der Staatsgewalt, das deutsche Volk, vertreten durch sein Organ, den Reichstag. Es liegt im Wesen des gesetzgeberischen Aktes, daß mit dem Gesetzesbefehl das Gesetz zur Entstehung gelangt und Gesetzeskraft erhält. Die Verkündung ist nicht notwendige Voraussetzung für das Rechtsdasein des Gesetzes. Sie liegt zeitlich später

---

[10]) Vgl. Anschütz im VerwArch. 1924 S. 347/48; ders., RV. zu Art. 6 Anm. 4.

[11]) Vgl. Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13; auch Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 283; and. A. Nawiasky a. a. O. S. 374—76.

als der gesetzgeberische Akt. Sie hat allein den Zweck, die Kenntnisnahme des vom Reichstag beschlossenen Gesetzes zu vermitteln. Denn die Gesetze richten sich an die Außenwelt, an die einzelnen Staatsbürger; sie sollen dem Gesetz gehorchen. Dazu ist erforderlich, daß diesen die Möglichkeit geboten wird, von dem Vorhandensein der gesetzgeberischen Akte der Staatsgewalt Kenntnis zu erlangen. Dies geschieht durch die Bekanntgabe seitens des Reichspräsidenten im Reichsgesetzblatt. Daß die Allgemeinverbindlichkeit regelmäßig erst mit dem Zeitpunkt der Bekanntmachung zur äußeren Erscheinung wird, ändert an dem Wesen der Verkündung nichts. Die Verkündung ist zwar der Schlußstein des gesamten Gesetzgebungsverfahrens, läßt aber den eigentlichen gesetzgeberischen Akt der Gesetzgebungsgewalt unberührt. Das gleiche gilt für die Ausfertigung durch den Reichspräsidenten und die Gegenzeichnung durch den Reichskanzler oder zuständigen Fachminister. Ist somit das eigentliche, innere Gesetzgebungsverfahren durch den gesetzgeberischen Akt, den Gesetzesbefehl, abgeschlossen, so folgt daraus, daß Verkündung, Ausfertigung und Gegenzeichnung nicht mehr die Natur von Akten der gesetzgebenden Gewalt teilen können, sondern ihrem Wesen nach Akte der vollziehenden Gewalt sind. Verwaltung und Rechtsprechung sind aber einander gleichgeordnet. Daraus ergibt sich für den unabhängigen, nur dem Gesetz unterworfenen Richter die notwendige Pflicht, diese Verwaltungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen[1]).

Das gewonnene Ergebnis überschreitet in der allgemeinen Form bereits das Gebiet des Unbestrittenen. Unstreitig ist nämlich nur die Prüfung der ordnungsmäßigen Verkündung, nicht auch der Ausfertigung und Gegenzeichnung. Die Bekanntmachung ist hiernach ordnungsmäßig, wenn sie im Reichsgesetzblatt erfolgt ist, Ausfertigung und Gegenzeichnung erkennen läßt und die Feststellung enthält, daß das Gesetz vom Reichstag beschlossen worden ist und mit Zustimmung des Reichsrats verkündet wird. Der richterlichen Prüfung soll also genügt sein, wenn aus der Verkündung im Reichsgesetzblatt hervorgeht, daß alle inneren und äußeren Verfahrensvorschriften erfüllt sind. Das würde für den Richter allerdings keine Besonderheit darstellen. Denn die Allgemeinverbindlichkeit eines Gesetzes ist ebenso für jeden Beamten wie für jeden Staatsbürger durch ordnungsmäßige Verkündung bedingt. Insoweit bleibt also die Frage nicht auf die richterliche Prüfungszuständigkeit beschränkt, sondern ist allgemeiner gestaltet. Das kann aber, da es sich um ein unbestrittenes handelt, nicht dazu führen, das eigentliche Problem der Prüfungszuständigkeit des Richters zu einem Teilproblem herabsinken zu lassen.

[1]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 43 f.; Schack in JW. 1922 S. 82.

Anschütz und seine Anhänger leiten als Gegner der unbeschränkten Formalienprüfung ihre Beweisgründe aus Art. 70 RV. her. Ausfertigen heiße mit öffentlich-rechtlicher Wirksamkeit beurkunden. Durch die Ausfertigung werde die unwiderlegbare Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit des stattgehabten Gesetzgebungsverfahrens begründet. Für die Gesetzesanwendung sei die ausgefertigte Gesetzesurkunde maßgebend, und zwar nicht in ihrer Urschrift, sondern in ihrem Abdruck im Reichsgesetzblatt[2]).

Inwieweit die Beweisführung von Anschütz im einzelnen richtig ist, kann hier vorerst unbeantwortet bleiben. Immerhin muß mit Hatschek die Urkundeneigenschaft des Gesetzesabdruckes in Abrede gestellt werden. Was im früheren Staatsrecht vielleicht berechtigt war, wird in der Republik zum „historischen Unsinn“[3]). Dagegen spricht auch der Wortlaut des Art. 70 RV., der durch nichts zu verstehen gibt, daß die Verkündung für den Richter insoweit der Ausfertigung übergeordnet sein soll, als durch die gehörige Kundmachung ein Rückgriff auf die Originalurkunde in Zweifelsfällen unstatthaft wäre. Vielmehr läßt die lose Verbindung „auszufertigen und ... zu verkünden“ trotz der zeitlichen Aufeinanderfolge auf die Gleichordnung beider Akte schließen. Trifft es andererseits zu, daß die Ausfertigung Vermutungswirkung schaffe, so kann die Vermutung sich nur auf das beziehen, was vorher liegt. Das betrifft jedoch lediglich Vorgänge aus dem inneren Gesetzgebungsverfahren, vom Gesetzentwurf bis zum Gesetzesbefehl. Die Ausfertigung kann mithin keine Vermutung für ihre eigene Rechtmäßigkeit und noch weniger für die der zeitlich später liegenden Verkündung schaffen. Es ist zudem nicht einzusehen, aus welchen Gründen die Prüfung der Formalien auf die Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt beschränkt bleiben soll. Sind aber, wie dargetan, die äußeren Förmlichkeiten der Verkündung, Ausfertigung und Gegenzeichnung reine Verwaltungsakte, so unterliegen diese auch der richterlichen Nachprüfung. Der Richter darf sich also mit der gehörigen Bekanntmachung allein nicht zufriedengeben. Er muß daneben, sobald begründete Zweifel auftauchen, Ausfertigung und Gegenzeichnung feststellen[4]). Er hat den Ausgabevermerk auf seine Richtigkeit zu überprüfen und etwaige Druckfehler, sei es bei Nichtübereinstimmung des kundgemachten mit dem ausgefertigten, sei es des ausgefertigten mit dem beschlossenen Wortlaut, zu verbessern[5]).

---

[2]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 1 u. 2.
[3]) Vgl. Hatschek a. a. O. Bd. II S. 97 f.
[4]) Vgl. RGSt. Bd. 56 S. 161 f.
[5]) Vgl. im Ergebnis Bühler in JW. 1922 S. 914 zu 1; Friedrichs im Recht 1924 Sp. 331 f.; Giese, RV. zu Art. 70 Anm. 2; Görres in JW. 1924 S. 1565; Hatschek a. a. O. Bd. II S. 112; Nawiasky a. a. O. S. 372;

Stellt der Richter hierbei einen Redaktionsfehler im Gesetz fest, den die Reichsregierung eigenmächtig berichtigt hat, so hat er der Berichtigung mangels einer gesetzlichen Ermächtigung die Anwendung zu versagen. Ein solcher Fehler kann rechtswirksam nur durch ein neues Gesetz behoben werden[6]).

§ 3.

Die verneinenden Lehren der richterlichen Prüfungszuständigkeit nach dem Stand der Wissenschaft und der Rechtsprechung.

Nach unserem Ergebnis über die Formalienprüfung wendet sich die Untersuchung im folgenden der eigentlichen Streitfrage der richterlichen Zuständigkeit zu formeller und materieller Prüfung zu, wobei in formeller Hinsicht allein die Vorschriften über den Weg im inneren Gesetzgebungsverfahren verstanden werden. Bei einem Vergleich des Problems nach der alten und der neuen Verfassung fällt auf, daß die Zahl derjenigen Schriftsteller, die die Prüfung in vollem Umfange ablehnen, immer mehr zurückgegangen ist. Ausgehend von dem durch die Verfassung geschaffenen Zustand entnehmen die Gegner der richterlichen Prüfungszuständigkeit ihre Beweismittel rechtlichen, rechtsvergleichenden oder staatspolitischen Erwägungen.

I. Die Wertung des verfassungsmäßigen Zustandes.

Die deutsche Reichsverfassung hat das Problem ungelöst wissenschaftlicher Entscheidung überlassen. Das Schweigen der Verfassung wird von einigen Schriftstellern im verneinenden Sinne gedeutet. Im alten Staatsrecht sei die Frage ablehnend beschieden worden. Das entspreche auch dem Staatsrecht der meisten europäischen Staaten, wie England, Frankreich, Italien, Belgien, der Schweiz usw. Wenn der Gesetzgeber das neue Recht dem amerikanischen Vorbild habe anpassen wollen, so hätte diese wichtige Änderung eines ausdrücklichen Rechtssatzes und näherer Regelung des Verfahrens wie in Österreich bedurft[1]). Es erübrigt sich, auf geringfügigere Hinweise Schacks (a. a. O.) einzu-

---

Stier-Somlo, Staatsrecht S. 679; Bayer.ObLG. in JW. 1922 S. 914; KG. vom 2. Mai 1921.

[6]) Vgl. Hatschek a. a. O. Bd. II S. 112.

[1]) Vgl. Arndt im Recht 1920 Sp. 109; Jellinek a. a. O. S. 104; ders. im Handb. d. Pol. Bd. III S. 16; Schack im ArchÖffR. Bd. 41 S. 166, 169; ders. in GruchBeitr. Bd. 66 S. 82 Anm. 6 u. S. 86; Wittmayer a. a. O. S. 460.

gehen. Cohn, Radbruch, Thoma u. a. m. kommen zu dem Ergebnis, daß die Streitfrage rechtlich nicht lösbar sei. Während Cohn mangels einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung ablehnt[2]), gibt es nach Radbruch und Thoma „keine logisch-juristische Nötigung weder zur Bejahung noch zur Verneinung“[3]).

Den ersterwähnten Ansichten gegenüber ist daran zu erinnern, daß die Frage im Verfassungsausschuß mangels Einigung unentschieden geblieben ist[4]). Ist also die Überprüfung der Gesetze verfassungsmäßig auch nicht ausdrücklich angeordnet, so darf doch keinesfalls aus dem gleichen Tatbestand gefolgert werden, daß sie infolgedessen abzulehnen sei. Aus diesem Grunde erscheint es überzeugender, die wissenschaftliche Lehre als zur Entscheidung zuständig anzusprechen. Das Schweigen der Verfassung als solches ist aber nicht geeignet, die streitige Frage in dem einen oder anderen Sinne zu beantworten. Die strenge Ansicht Cohns würde dazu führen, jede rechtschöpferische Tätigkeit des Richters zu vernichten[5]). Die Lehren Radbruchs und Thomas können späterer Untersuchung vorbehalten bleiben, da sie aus dem Schweigen der Verfassung keinerlei rechtliche Beweisgründe weder zur Bejahung noch zur Verneinung herleiten. Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß die Reichsverfassung der richterlichen Prüfungszuständigkeit nicht darum im Wege steht, weil sie die Streitfrage nicht gelöst hat. Das Ergebnis wird noch von Kahl und Gierke bestätigt, die im übrigen die Frage ganz oder doch teilweise verneinen[6]).

II. Die rechtlichen Gegengründe gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit.

Unter den Rechtsgründen, die gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit geltend gemacht werden, kehren vorwiegend diejenigen wieder, die aus der Verfassung unmittelbar, sei es im Anschluß an Art. 70 RV., sei es unter Hinweis auf Art. 13 Abs. 2 RV., gefolgert werden, und solche, die allgemeinen Erwägungen aus der Rechtsstaatsnatur des Reichs entnommen sind. Die einzelnen Beweisgründe sollten, falls sie sich als richtig erweisen, bei den Schriftstellern, die die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit verneinen, nebeneinander be-

---

[2]) Vgl. Cohn in GruchBeitr. Bd. 63 S. 512 f.

[3]) Vgl. Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13; Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 285, 272; auch in DJZ. 1922 Sp. 729.

[4]) Vgl. Beyerle in Prot. d. VerfA. S. 486.

[5]) Vgl. Bendix in JW. 1924 S. 528.

[6]) Vgl. Kahl in Prot. d. VerfA. S. 484; Gierke a. a. O. S. 137.

stehen können und sich nicht ausschließen. Jedoch läßt die ablehnende Lehre gerade hierin die Einheitlichkeit vermissen, so daß die im einzelnen vorgebrachten Gründe durch die mangelnde Anerkennung von seiten derer, die im Hinblick auf das gleiche Ergebnis übereinstimmen sollten, schon äußerlich in ihrer Beweiskraft getrübt werden.

a) Die Lehre von der Ausfertigung, Art. 70 RV.

Die von Laband unter Hinweis auf Art. 17 a. RV. begründete, von Meyer-Anschütz fortgeführte Lehre der unwiderlegbaren Vermutungswirkung der Gesetzesausfertigung durch den Kaiser ist in das neue Staatsrecht mit der Abänderung übernommen worden, als an die Stelle des Kaisers der Reichspräsident getreten ist. Die Ausführungen von Laband und Meyer-Anschütz haben somit unter Berücksichtigung des Wechsels der Staatsform nicht nur historische Bedeutung. Die Lehre findet, wie im Kaiserreich in Art. 17 a. RV., neuerdings ihre Rechtfertigung in Art. 70 RV., welcher lautet:

> „Der Reichspräsident hat die verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetze auszufertigen und binnen Monatsfrist im Reichs-Gesetzblatt zu verkünden."

Ausfertigen heiße hiernach mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit beurkunden. Durch den Akt der Gesetzesausfertigung werde unwiderlegbar gegenüber allen denjenigen, die dem Gesetz unterworfen seien und es anzuwenden haben, amtlich beurkundet, daß das Gesetz verfassungsmäßig, d. h. ordnungsmäßig auf dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Wege zustandegekommen sei und inhaltlich dem Beschlusse des Reichstags entspreche. In der jedermann bindenden Feststellung beruhe gerade die Bedeutung der Ausfertigung. Deren Zweck sei aber nicht zu verstehen, wenn sie nur den Sinn habe, die Beschlüsse des gesetzgebenden Organs zu beurkunden. Andererseits bedeute sie nicht die Genehmigung des beschlossenen Gesetzes. Denn der Gesetzesbefehl gehe vom Reichstag aus. Daraus ergebe sich als notwendige Folge, die Ausfertigung beurkunde unwiderleglich, daß das Gesetz verfassungsmäßig beraten, beschlossen und zum Gesetz erhoben worden sei[1]).

Betrifft schon die aus Art. 70 RV. hergeleitete Vermutungswirkung nur die Frage der formellen Verfassungsmäßigkeit, so erfährt sie durch

---

[1]) Vgl. Craushaar im ArchöffR. N.F. Bd. 10 S. 397 Anm. 65; Giese, RV. zu Art. 70 Anm. 2; ders., Grundriß S. 148; Hatschek a. a. O. Bd. II S. 96 f.; Kahl in Prot. d. VerfA. S. 484 f., 486; Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 154; Lenel a. a. O. S. 30 f.; Meißner a. a. O. S. 116; Salinger im Recht 1924 Sp. 358; Schack a. a. O. S. 274/75; vgl. ferner Anm. 2 und 3.

Jeschke eine weitere Einschränkung. „Die Ausfertigung entscheide nicht endgültig darüber, ob ein verfassungänderndes Gesetz vorliege oder nicht. Denn hier handele es sich nicht um eine Feststellung tatsächlicher Art, sondern um eine Frage der Auslegung der Verfassung, die nur vom Verfassungsgesetzgeber selbst vorgenommen werden könne, wenn sie auch den Richter binden solle. Vielmehr bedürfe jede Verfassungsänderung eines besonderen Verfassungsänderungswillens des Gesetzgebers. Dieser Wille müsse sich aus der Schlußabstimmung im Reichstag und Reichsrat ... ergeben ... Der Änderungswille könne auch in die Ausfertigung aufgenommen werden ... In solchem Falle würde dann allerdings dem Richter wegen der Kraft der Ausfertigung die Nachprüfung verwehrt sein.“ [2]) Für Jeschke ergibt sich diese Einschränkung aus dem bejahenden Ergebnis seiner Untersuchungen über die Zuständigkeit zu materieller Prüfung [2]).

Andere Schriftsteller lassen dagegen vermuten, daß durch die Ausfertigung auch die sachliche Nachprüfung abgeschnitten sein soll. Denn die Frage, ob das gehörig zustandegekommene einfache Reichsgesetz auch inhaltlich mit den in der Verfassung enthaltenen Rechtssätzen im Einklang steht, also bei Widerspruch unter den für Verfassungsänderungen vorgeseehnen Erschwerungen, Art. 76 RV., hätte beschlossen werden müssen, bleibt seltsam genug unbeachtet. Als Hauptvertreter dieser uneingeschränkten Lehre sind Laband und Meyer-Anschütz für das alte, Anschütz, Bornhak und Wittmayer für das neue Staatsrecht zu nennen [3]).

Die aus Art. 70 RV. hergeleitete Lehre ist nicht bedenkenfrei. Die Beurkundungseigenschaft der Ausfertigung wird nicht in Zweifel gezogen. Durch die Ausfertigung des Gesetzes wird beurkundet, daß ein Gesetz des in der Urkunde festgelegten Inhaltes vom Reichstag beschlossen worden ist. Die Ausfertigung enthält also zunächst die Feststellung der Tatsache des ergangenen Gesetzesbefehls. Sie bedeutet somit einen Teil des gesamten Gesetzgebungsverfahrens. Da aber, wie oben dargelegt, das eigentliche innere Gesetzgebungsverfahren mit dem Gesetzesbefehl abgeschlossen ist, die Ausfertigung des verfassungsmäßig zustandegekommenen „Gesetzes“ dem Reichspräsidenten zusteht, ist sie ihrem Wesen nach ein reiner Verwaltungsakt. Die Zuständigkeit zur Prüfung des von einem Verwaltungsorgan, also auch des von dem Reichspräsidenten, gesetzten Aktes der Gesetzesausfertigung durch ein anderes

---

[2]) Vgl. Jeschke in JW. 1922 S. 82.

[3]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 1 u. 2, zu Art. 102 Anm. 3; ders. im VerwArch. 1924 S. 348; Bornhak, Grundriß S. 140 f.; Laband a. a. O. S. 44 ff.; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 736 ff.; Wittmayer a. a. O. S. 458 f.

Staatsorgan ist aber durch die wechselseitige Stellung bedingt. Stehen die Organe zueinander im Verhältnis von Über- und Unterordnung, so wird die Prüfung der Rechtsbeständigkeit des von dem übergeordneten Organ gesetzten Aktes schlechthin wegen der im Staatsinteresse notwendigen Gehorsamspflicht nicht verstattet sein. Dies trifft wiederum nur dann zu, wenn die Ausfertigung zugleich einen Verwaltungsbefehl darstellt. Eine Rechtfertigung hierfür ist aus der Verfassung nicht zu entnehmen. Der Beurkundung kommt vielmehr an erster Stelle Feststellungswirkung zu. Mit der Ausfertigung erschöpft sich jedoch die Tätigkeit des Reichspräsidenten nicht. Er hat das Gesetz weiterhin zur Verkündung zu bringen. Die ursprüngliche Bedeutung der Verkündung beruht in ihrer Bekanntmachungswirkung für die Außenwelt. Für die Verwaltungsbehörden enthält sie jedoch zugleich den Befehl, das kundgemachte Gesetz zu befolgen, da die von der vollziehenden Gewalt ausgehenden Staatsakte nur auf rechtlicher Grundlage aufbauen können. Mit der gehörigen Verkündung entzieht sich somit die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen der Zuständigkeit der Verwaltungsbeamten.

Der gemäß Art. 102 RV. unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter nimmt gegenüber den Akten der vollziehenden Gewalt eine grundsätzlich andere Stellung ein. Aus der richterlichen Unabhängigkeit folgt, daß der Richter selbst an die Akte der höchsten Stelle der vollziehenden Gewalt, also Verkündung und Ausfertigung durch den Reichspräsidenten, nicht gebunden ist. Ist der Richter als rechtsprechendes Staatsorgan somit dem Reichspräsidenten nicht untergeordnet, so kann dieser durch die Ausfertigung auch nicht eine Vermutungswirkung solcher Art für den Richter herbeiführen, die einen Gegenbeweis ausschließen würde. Trotz des gleichen Sachverhaltes bei Verordnungen — das verordnende Organ hat ebenso wie bei Gesetzen vor Bekanntgabe die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu überprüfen — wird doch für Verordnungen die richterliche Nachprüfung nicht bestritten. Es ist aber nicht einzusehen, aus welchem Grunde gerade die Gesetzesausfertigung, die ebenso wie die Verordnungstätigkeit im ganzen einen Akt der vollziehenden Gewalt darstellt, die Nachprüfung des voraufgegangenen Verfahrens unterbinden sollte. Dazu bedürfte es eines besonderen Rechtsgrundes, der aus Art. 70 RV. nicht zu entnehmen ist[4]).

Art. 70 RV. schreibt vor, der Reichspräsident habe die „verfassungsmäßig zustande gekommenen" Gesetze auszufertigen. Durch die Ausfertigung wird also auch in urkundlicher Form festgestellt, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustandegekommen ist. Sie enthält mithin

[4]) Vgl. im wesentlichen Nawiasky a. a. O. S. 370.

auch ein wertendes Urteil. Das zwingt jedoch nicht zu der Annahme, daß das in der Gesetzesurkunde unter Gegenzeichnung des Ministers, Art. 50 RV., enthaltene Urteil auch für den Richter unwiderlegbare Vermutungswirkung begründe. Daß der Ausfertigung Vermutungskraft beikommt, wird nicht in Abrede gestellt. Die Bedeutung des Art. 70 RV. wird aber übersteigert, soweit Laband und seine Anhänger diese Vermutung unwiderleglich gestalten [5]). Zudem würde dieses Ergebnis dazu führen, den Schwerpunkt des gesamten Gesetzgebungsverfahrens von dem Gesetzesbefehl des Reichstags auf die Ausfertigung durch den Reichspräsidenten zu verschieben, da es „keine Instanz gäbe, die einem Akte den Gehorsam verweigern dürfte, den das betreffende Organ als Gesetz ausgefertigt hat" [6]).

Die von Anschütz vertretene Ausdehnung der unwiderlegbaren Vermutungswirkung auch auf die sachliche Prüfung ist schon unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 70 RV. unhaltbar. Aus diesen Ausführungen folgt, daß die aus dem Wesen der Ausfertigung geschöpfte Lehre die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit nicht im verneinenden Sinne zu lösen vermag. Sie ist vielmehr eine Behauptung, die aus einer bestimmten politisch beeinflußten Denkungsart zu erklären ist, aber jeder rechtlichen Grundlage entbehrt. Sie vermag Anlaß zu Zweckmäßigkeitserwägungen da zu geben, wo die Frage bereits entschieden ist. Zu rechtlicher Begründung versagt sie [7]).

b) Die Beweisführung aus Art. 13 Abs. 2 RV.

Durch Art. 13 Abs. 2 RV. hat das System der unmittelbaren Rechtsüberprüfung hinsichtlich der Vereinbarkeit von Reichs- und Landesrecht in die deutsche Reichsverfassung Aufnahme gefunden. Hierdurch sind die Gründe, die gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit geltend ge-

---

[5]) Vgl. Stier-Somlo, Staatsrecht S. 674 f.; Triepel im ArchöffR. Bd. 39 S. 535 f.

[6]) Vgl. Nawiasky a. a. O. S. 371.

[7]) Vgl. im Ergebnis Adamovich a. a. O. S. 34 ff., 44; Arndt, RV. zu Art. 70 u. 102; ders. im Recht 1920 S. 107; Bendix in JW. 1924 S. 527; Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 316 f.; Düringer in Prot. d. VerfA. S. 485; Fleischmann im Handb. d. Pol. Bd. I S. 228; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 239 f.; Gierke a. a. O. S. 137; Görres in JW. 1924 S. 1566; Hubrich a. a. O. S. 150; Kleineberg in LZ. 1925 Sp. 629 ff.; Morstein-Marx a. a. O. S. 25 ff.; Nawiasky in DJZ. 1923 Sp. 41; Poetzsch a. a. O. zu Art. 70 Anm. 2; Schack im ArchöffR. Bd. 41 S. 168 f.; ders. in GruchBeitr. Bd. 66 S. 82 Anm. 9; Stier-Somlo auf dem 5. Pr. Richtertag, Verh. S. 38; Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 270, 275; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; RVersGer. in JW. 1925 S. 90.

macht werden, gegenüber der alten Reichsverfassung um einen weiteren vermehrt worden.

Die aus Art. 13 Abs. 2 RV. hergeleitete Gedankenführung geht dahin, der Reichsgesetzgeber habe durch die Einführung der unmittelbaren Rechtsüberprüfung von Landesgesetzen auf ihre Reichsrechtmäßigkeit vermittels Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs zu erkennen gegeben, daß er die mittelbare Rechtsüberprüfung der Gesetze durch den Richter ablehne. Grundsätzlich trete ein Reichsgesetz, soweit es keine anderweitige Bestimmung enthalte, am vierzehnten Tage nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem das Reichsgesetzblatt in der Reichshauptstadt ausgegeben worden sei, Art. 71 RV. Demgegenüber besage Art. 13 Abs. 2 RV.:

> „Bestehen Zweifel und Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen."

Darin „liege der Satz eingeschlossen, daß darüber, ob ein Reichsgesetz mit der Verfassung vereinbar oder dieser zuwider sei, ob ein Reichsgesetz an sich gültig oder ungültig sei, kein Gerichtshof entscheiden könne, das habe der Reichsgesetzgeber allein zu entscheiden"[1]). Wittmayer beschränkt sich mit dem Gegengrund aus Art. 13 Abs. 2 RV. auf die in Frage stehende Vorschrift des Reichsrechts. Lediglich das Landesrecht werde „auf seine Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht geprüft, ohne daß etwa die Verfassungsmäßigkeit dieses letzteren als Präjudizialfrage vom Gericht überprüft werden könnte"[2]). Anschütz verzichtet ganz darauf, Art. 13 Abs. 2 RV. einen Beweisgrund zu entnehmen[3]).

Die Beweisführung aus Art. 13 Abs. 2 RV. ist nicht unwidersprochen geblieben. Wenn Arndt ohne nähere Begründung — und darin folgen ihm Wittmayer und Thoma — in Art. 71 und 13 Abs. 2 RV. den „Satz eingeschlossen" findet, daß der Verfassunggeber sich hiermit zu einer Verwerfung der Prüfungszuständigkeit der ordentlichen Gerichte bekenne, so ist das zunächst eine unbewiesene Behauptung. Es sollte heute im Hinblick auf die Verhandlungen im Verfassungsausschuß nicht mehr angezweifelt werden, daß der Verfassunggeber eine endgültige Stellungnahme zu dem streitigen Problem vermieden hat[4]). Daraus ergibt sich schon die Vermutung, daß dem Richter

[1]) Vgl. Arndt im Recht 1920 Sp. 108.
[2]) Vgl. Wittmayer a. a. O. S. 210, 461; ebenso Thoma im Arch. öffR. N. F. Bd. 4 S. 285.
[3]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 13 Anm. 4.
[4]) Vgl. Beyerle in Prot. d. VerfA. S. 486.

durch die Einordnung des Art. 13 Abs. 2 in die Weimarer Verfassung nicht ohne weiteres die Prüfungszuständigkeit von Reichsgesetzen entzogen sein soll, selbst die von Landesgesetzen nicht.

Gegen die vorstehende Lehre zeugt jedoch vor allem die Ausgestaltung, die Art. 13 Abs. 2 RV. durch das zur Ausführung ergangene Gesetz vom 8. April 1920 (RGBl. 1920 I S. 510) erfahren hat. Hieraus erhellt, daß in erster Linie eine aufsichtsrechtliche Einrichtung in Frage steht. Es kommt hinzu die Verschiedenheit des Zuständigkeitsbereichs und der Zuständigkeitswirkung von mittelbarer und unmittelbarer Rechtsnachprüfung. Die mittelbare Rechtsnachprüfung kann — wenn überhaupt zugestanden — nur gelegentlich einer Rechtsstreitigkeit vor dem ordentlichen Gericht in Erscheinung treten. Die unmittelbare Rechtsnachprüfung durch den obersten Reichsgerichtshof, nach § 1 Satz 1 AG. zu Art. 13 Abs. 2 RV. das Reichsgericht, erfolgt bereits bei Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten durch Entscheidung eines Reichsgerichtssenats auf Antrag einer Reichs- oder Landeszentralbehörde, sei es, daß die Anregung von einem Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder sogar einzelnen Staatsbürgern ausgeht. Der Zuständigkeitskreis ist also in letzterem Falle umfassender. Denn sowohl der Begriff der Meinungsverschiedenheit oder des Zweifels ist weiter als der der Streitigkeit, als auch die Persönlichkeit, bei welcher Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten bestehen, unbeachtlich ist. Die Streitigkeit dagegen setzt naturgemäß Parteien in einem Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gericht voraus. Was die Zuständigkeitswirkung angeht, so entscheidet der Richter rechtskräftig, während der Entscheidung des Reichsgerichts, die nach § 3 Abs. 2 AG. zu Art. 13 Abs. 2 RV. im Reichsgesetzblatt zu veröffentlichen ist, nach § 3 Abs. 3 des gleichen Gesetzes „Gesetzeskraft" beikommt. Aus diesen Gründen wirkt es wenig überzeugend, wenn durch die Schaffung der aufsichtsrechtlichen Einrichtung der unmittelbaren Rechtsüberprüfer dem Verfassunggeber die Verwerfung der richterlichen Prüfungszuständigkeit unterstellt wird. Durch Art. 13 Abs. 2 RV. bleibt auch die Prüfungszuständigkeit des Reichsgerichts nicht auf die Vereinbarkeit von Reichs- und Landesrecht beschränkt. Die grundsätzliche Frage der Prüfung der Rechtsgültigkeit des Reichsrechts durch den Richter beantwortet sich mit der Frage nach unserem Problem selbst. Die angeführte Verfassungsvorschrift ist jedenfalls nicht dazu angetan, die Streitfrage im verneinenden Sinne zu bescheiden[5]).

---

[5]) So Morstein-Marx a. a. O. S. 28 ff.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 219—22; ferner Breiholdt im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 319; Poetzsch a. a. O. zu Art. 13 Anm. 2; Triepel a. a. O. S. 91; Stier-Somlo, Staatsrecht S. 711.

c) Die Lehren von der Gewaltenteilung.

Wesentlicher als die aus der Verfassung unmittelbar abgeleiteten Gegengründe sind diejenigen, welche aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden. Arndt und Schack, die Wortführer der Lehre, gehen davon aus, daß das Deutsche Reich auf der Grundlage der Gewaltenteilung aufgebaut ist. Während Arndt auf die Beratungen in der Nationalversammlung verweist und sich wissenschaftlich nicht mit den feineren Ausgestaltungen der Gewaltenteilungslehre auseinandersetzt, versucht Schack den Nachweis zu erbringen, daß die Lehre Montesquieus von der Gewaltensonderung nur in der abweichenden Ausgestaltung der „organisatorischen Funktionenteilung" Aufnahme gefunden habe. Die Ausführungen Schacks gehören zwar dem alten Staatsrecht an, sind aber durch spätere Schriften auch für die neue Verfassung ausdrücklich aufrechterhalten worden, so daß ihrer Untersuchung in dieser Hinsicht kein Hindernis im Wege steht. Trotz der verschiedenen Bezeichnung des Ausgangspunktes — Arndt spricht von „Gewaltenteilung", Schack von „organisatorischer Funktionenteilung" — geht aus der Begründung und dem Ergebnis ihrer Lehre hervor, daß beide Schriftsteller auf der gleichen Grundlage aufbauen.

Schack legt ausführlich dar, daß die Gewaltenteilungslehre Montesquieus in das deutsche Staatsrecht nicht übernommen worden sei. Die altfranzösische Lehre sei zwar vorbildlich gewesen, jedoch in anderer Weise ausgestaltet worden. Die gesetzgebende, rechtsprechende und vollziehende Gewalt, im Sinne Schacks besser Funktion, seien nicht einander gleichgeordnet. Vielmehr bilde die Gesetzgebung die höchste, die souveräne Gewalt, welcher die beiden anderen, untereinander gleichstehend, unbedingt untergeordnet seien. Diese in das deutsche Staatsrecht aufgenommene Lehre bedeute aber nicht mehr eine Teilung der Gewalten im ursprünglichen Sinne, sondern sei in Wirklichkeit eine „organisatorische Funktionenteilung". Die Stellung der Gesetzgebung als der „obersten Macht" sei aus dem Fehlen einer der Gesetzgebung übergeordneten verfassunggebenden Funktion zu erklären[1]).

Arndt folgt Schack nach, indem er wegen des Ursprungs des Gesetzes als Ausdruck höchster und souveräner Staatsgewalt die Akte der gesetzgebenden Gewalt als „actes de souveraineté", die der Justiz nur als „actes de magistrature" bezeichnet. Mit einem Gesetzesbeschluß des deutschen Reichstags „liege ein Souveränitätsakt, eine Handlung

[1]) Vgl. Schack a. a. O. S. 59 ff.

und feierliche Erklärung des durch den Reichstag vertretenen deutschen souveränen Volkes vor ... Die volonté générale sei das höchste im demokratischen Staat“ [2]). Aus der Natur der Gesetzgebung als der höchsten Staatsgewalt aber folge der Ausschluß der richterlichen Prüfungszuständigkeit. Während Arndt seinerseits jede Prüfung ablehnt [2]) [3]), bescheidet sich Schack grundsätzlich in materieller Hinsicht. Allerdings solle auch die Frage, ob ein Gesetz unter den erschwerenden Formen einer Verfassungsänderung erlassen worden sei, richterlicher Nachprüfung entzogen sein [4]). Salinger verneint die Frage trotz der Souveränität jeder der drei Staatsgewalten innerhalb ihres Machtbereichs, da „jede Gewalt verpflichtet sei, die Akte der anderen Gewalt anzuerkennen“ [5]).

Gegen die Lehre von der Nachordnung von Rechtsprechung und Verwaltung gegenüber der Gesetzgebung ist zu Recht geltend gemacht worden, daß sie die Einheit der Staatsgewalt aufhebe. Schack versucht diesem Einwand von vornherein zu begegnen, indem er für den Staat mit Volkssouveränität ausführt: „Bei der Begründung des Staates mit der Unterscheidung verschiedener Gewalten und deren Verteilung auf verschiedene Träger werden verschiedene Faktoren eingesetzt, deren Wille in der jedem Träger zugewiesenen Sphäre den Staatswillen bildet ... Jeder Faktor bildet nicht eigenen Willen, sondern in Wirklichkeit den Willen des Staates; sein Wille ist nicht ein selbständiger, sondern ein abgeleiteter ... Also nicht Teilung des Staatswillens, sondern Verteilung der Willensbildung. Jeder Faktor bildet in der ihm übertragenen Sphäre ohne Mitwirkung und Einmischung des anderen Faktors voll und ganz den Staatswillen, aber erst die Totalität der Willensbildungen aller Faktoren ergibt die Totalität des Willens des Staates.“ [6])

Die vorsorglichen Ausführungen Schacks vermögen nicht die angedeuteten Bedenken zu zerstreuen. Denn es bleibt stets das Ergebnis zurück, daß die gesetzgebende Gewalt der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt übergeordnet sein soll. In die Sprache Schacks übertragen, würde das dahin zu verstehen sein, daß Staatswille dem Willen des gleichen Staates übergeordnet sei, da jede der drei Gewalten immerhin abgeleiteten Staatswillen bedeutet. Ist es aber schon ein un-

---

[2]) Vgl. Arndt im Recht 1920 Sp. 107 f., 195.

[3]) Vgl. ferner Arndt, RV. zu Art. 102; auch Wittmayer a. a. O. S. 466.

[4]) Vgl. Schack a. a. O. S. 319; ferner Kahl in Prot. d. VerfA. S. 485; einschränkend Jeschke in JW. 1922 S. 82.

[5]) Vgl. Salinger im Recht 1924 Sp. 358.

[6]) Vgl. Schack a. a. O. S. 62 f.

haltbares Ergebnis, daß ein Wille dem derselben Persönlichkeit übergeordnet ist, so ist es vollends mit dem Staatswillen, dem Ausdruck höchster Gewalt, die ihrem Wesen nach keine Überordnung mehr kennt, nicht vereinbar [7]).

Die Frage nach der Stellung der gesetzgebenden Gewalt kann nur im Zusammenhang mit der Frage nach dem Träger der Staatsgewalt beantwortet werden. Nach Art. 1 RV. geht die Staatsgewalt vom Volke und zwar dem Reichsvolk in seiner staatsrechtlichen Bindung aus. Damit ist das Volk zum alleinigen Souverän erklärt, nicht die Gesetzgebung. Für einen Staat, der wie das Deutsche Reich auf der Grundlage der Gewaltenteilung errichtet ist — ob im Sinne Montesquiens oder späterer Ausgestaltung seiner Lehre, ist gerade zu beweisen —, ist die Gesetzgebung der gesetzgebenden Gewalt, die verwaltende Staatstätigkeit der vollziehenden Gewalt und die Rechtsprechung der richterlichen Gewalt übertragen. Jede dieser drei Gewalten übt ungeteilte Staatsgewalt aus, da mit dem Begriff der Souveränität Teilbarkeit schlecht zu vereinigen wäre. Ergehen auch die Akte der vollziehenden Gewalt im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung, ist der rechtsprechende Richter auch dem Gesetz unterworfen, so bleibt doch die Staatsgewalt als solche, wie sie im Verwaltungsakt und im richterlichen Urteil zur äußeren Erscheinung wird, durch das Bestehen der Gesetze unberührt, da der Staat jederzeit sein Gesetz aufheben oder abändern kann. Zwar wird „jede Gewalt verpflichtet sein, die Akte der andern Gewalt anzuerkennen, sofern diese nicht etwa nichtig sind. Keine Gewalt darf sich Kompetenzen der andern Gewalt anmaßen" [8]). Allein durch die Gesetze sind nur die Organe gebunden, die mit der Ausübung der Staatsgewalt im Sinne des Souveräns, des Volkes, betraut sind.

Die Organbindung beschränkt sich nun keineswegs auf die vollziehende und richterliche Gewalt, sondern erfaßt gleicherweise das Organ der gesetzgebenden Gewalt, den Reichstag. Ist dem Reichstag grundsätzlich auch das Gesetzgebungsrecht übertragen, so ist doch die Befugnis zum Erlaß von Reichsgesetzen durch den Verfassunggeber mit einer Reihe von Sicherungsmaßnahmen umgeben worden, um einem etwaigen Absolutismus der Volksvertretung entgegenzuwirken. Daraus folgt, ebenso wie die Organbindung der vollziehenden und richterlichen Gewalt an die gesamte Rechtsordnung, die Bindung des Gesetzgebungsorgans an die Verfassung, die nur durch eine Änderung der Verfassung oder im Wege des Rechtsbruchs beseitigt werden könnte. Die Aufsichtsrechte, mit denen der Verfassunggeber den Reichstag als das oberste Reichs-

[7]) Vgl. Cohn in GruchBeitr. Bd. 63 S. 511.
[8]) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 18.

organ ausgestattet hat, sind aber nicht geeignet, die Gesetzgebungsgewalt als solche der vollziehenden und richterlichen Gewalt überzuordnen. Die von dem einen Volke ausgehende Staatsgewalt, in der Verwaltung und Rechtsprechung wurzeln, bildet in gleicher Weise die Grundlage der Gesetzgebung. „Die gesetzgebende Gewalt ... kann demnach nicht in mystischer und transzendentaler Weise über der Staatsgewalt schweben" (Laband)[9].

Diesem Ergebnis steht für die Rechtsprechung auch nicht § 1 GVG., der in Art. 102 in die Reichsverfassung Aufnahme gefunden hat, im Wege. Beide Vorschriften bezwecken lediglich, den rechtsprechenden Richter nur dem Gesetz zu unterwerfen und die richterliche Tätigkeit politischen Eingriffen und Einflüssen zu entziehen, nicht aber die Rechtsprechung der Gesetzgebung unterzuordnen. Die Frage, ob hierbei unter „Gesetz" ein Gesetz in materiellem Sinne, das einen Rechtssatz zum Inhalt hat, oder auch ein Gesetz im rein formellen Sinn oder schließlich jeder, auch der verfassungswidrige Beschluß des Reichstags, der vom Reichspräsidenten ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt verkündet worden ist, zu verstehen ist, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Immerhin glauben wir den Nachweis erbracht zu haben, daß eine Überordnung der gesetzgebenden Gewalt über Verwaltung und Rechtsprechung weder mit dem Wesen der Staatsgewalt vereinbar, noch aus § 1 GVG. bzw. Art. 102 RV. zu entnehmen ist. Damit entfallen auch die Folgerungen der Arndt-Schackschen Lehre[10]. Die von Salinger vertretene Ansicht wird in anderem Zusammenhang zu behandeln sein.

III. Rechtsvergleichende Untersuchungen.

Gegen die Prüfungszuständigkeit des Richters werden weitere Bedenken aus rechtsvergleichenden Untersuchungen mit dem ausländischen Staatsrecht hergeleitet. Für das neue Staatsrecht verdient in diesem Zusammenhang an erster Stelle Jellinek genannt zu werden, der nachdrücklich den Unterschied zwischen Ländern, deren Verfassung auf einer besonderen verfassunggebenden Gewalt beruht und solchen mit qualifiziertem Verfassungsrecht betont und gerade diesem Umstande grundlegende Bedeutung beilegt.

---

[9]) Vgl. ähnlich Laband a. a. O. S. 74.

[10]) Vgl. im Ergebnis Bühler in DJZ. 1921 Sp. 582; Cohn in Gruch. Beitr. Bd. 63 S. 511 f.; Müller-Meiningen in DJZ. 1925 Sp. 1533; Preuß in Prot. d. VerfA. S. 483; Stier-Somlo im ArchöffR. N. F. Bd. 3 S. 107; Triepel a. a. O. S. 93; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; auch Wolgast in DJZ. 1922 Sp. 717 Ziff. 1 i. V. mit Sp. 718.

Als Vorbild eines Landes mit besonderer verfassunggebender Gewalt dienen die Vereinigten Staaten von Nordamerika. Dort sei „gewöhnlicher Gesetzgeber der Kongreß, Verfassunggeber der Kongreß + $^3/_4$ der einzelstaatlichen Legislaturen". Daraus ergebe sich die Folgerung für die Bundesgerichte, bei Auslegung der Gesetze die vom Kongreß beschlossenen Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen[1]). Die amerikanischen Gerichte seien der Bundesgesetzgebung nicht unter-, sondern gleichgeordnet. Da aber der Verfassung als der von einem übergeordneten Organ erlassenen Rechtsnorm höhere Kraft zustehe, haben die Gerichte verfassungswidrigen Bundesgesetzen die Anwendung zu versagen. Dem deutschen Verfassungsrecht sei eine solcherweise nach außen hin ersichtliche Unterscheidung zwischen gesetzgebender und einer ihr übergeordneten verfassunggebenden Gewalt fremd. Die Verfassung könne vielmehr im Wege der einfachen Gesetzgebung geändert werden, Art. 76 Abs. 1 Satz 1 RV. Die Weimarer Nationalversammlung bestehe nicht mehr. Sie sei eine vorübergehende Erscheinung gewesen und habe auch nicht einen besonderen Verfassunggeber mit den Änderungen der Verfassung betraut, sondern die Verfassunggebung dem gewöhnlichen Gesetzgeber überlassen. Die durch Art. 76 RV. eingefügten erschwerenden Formen für verfassungsändernde Beschlüsse des Reichstags seien nicht geeignet, den einfachen Gesetzgeber aus seiner Alltagssphäre herauszuheben. Die amerikanischen Verhältnisse gestatteten, an deutschem Recht gemessen, nur einen Vergleich von Reichsverordnungen mit Reichsgesetzen bzw. der Reichsverfassung. Mangels einer besonderen verfassunggebenden Gewalt sei für den deutschen Richter die Zuständigkeit zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu verneinen[2]).

Jellinek verweist weiter auf die rechtlichen Verhältnisse in der schweizerischen Eidgenossenschaft. Dort sei die Bundesversammlung gewöhnliche Gesetzgeber, Bundesversammlung + Volk Verfassunggeber, Art. 85, 123 schweiz. BV. Wenn den Gerichten trotzdem die Prüfung versagt sei, so erkläre sich dies aus der ausdrücklichen Ausschließung durch die Bundesverfassung, Art. 113 Abs. 3, 114bis Abs. 3 schweiz. BV. Nur wegen der ähnlichen Rechtslage wie in Amerika habe es einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung bedurft[3]). Das Beispiel der Eidgenossenschaft beweise jedoch, daß die Überprüfbarkeit nicht notwendig

---

[1]) Vgl. Jellinek in DJZ. 1921 Sp. 753; Koellreuter a. a. O. S. 27.

[2]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 76 Anm. 1; Jellinek a. a. O. S. 104 (?); ders. dagegen im Handb. d. Pol. Bd. III S. 16; Schack in Gruch. Beitr. Bd. 66 S. 84 f.; auch Gierke a. a. O. S. 136; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 744.

[3]) Vgl. Jellinek in DJZ. 1921 Sp. 753.

durch die demokratische Staatsform bedingt sei[4]). Im übrigen sollten „die unserem Kulturkreis angehörigen Verfassungen der Eidgenossenschaft, Österreichs und der Tschechoslowakei ..., die dem Richter, sei es überhaupt, sei es im gewöhnlichen Verfahren, das Prüfungsrecht versagen (Schweiz. Bundesverf. Art. 113, 114 bis III; Österr. Bundesverf. Art. 89; Tschechoslowakische Verf. EG. vom 29. II. 1920, Art. 2)", dem deutschen Verfassungsrecht vorbildlich sein[5]). Radbruch und Schack verweisen auf die schlechten amerikanischen Erfahrungen mit „unheilvollen Folgen für die politische und soziale Entwicklung des amerikanischen Volkes"[6]).

Die an das nordamerikanische Beispiel mit der Unterscheidung zwischen gesetzgebender und verfassunggebender Gewalt anknüpfende Beweisführung greift bereits in die Frage des Rangverhältnisses zwischen einfachem Gesetz und Verfassung über. Ob nach deutschem Verfassungsrecht ein solches Rangverhältnis besteht, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Immerhin muß Jellinek zugegeben werden, daß dem deutschen Recht eine besondere verfassunggebende Gewalt, die über der gesetzgebenden Gewalt stünde, fremd ist. Sowohl an der einfachen Gesetzgebung wie der Verfassunggebung sind die gleichen Organe beteiligt, Reichstag, Reichsrat, Reichspräsident und Reichsregierung, wenn auch bei Verfassungsänderungen mit erschwerter Beschlußfassung im Reichstag und im Reichsrat. Dieser Umstand ist jedoch, da beide Gesetzgeber die gleichen sind, nicht dazu angetan, die deutsche Verfassunggebung im Sinne der Verfassungen der Vereinigten Staaten und der Schweizer Eidgenossenschaft zu einer verfassunggebenden Gewalt umzugestalten[7]).

Andererseits versagt die Beweisführung Jellineks gerade vom rechtsvergleichenden Standpunkt. Den angeführten Beispielen sind die Verfassungen Frankreichs und neuerdings Österreichs anzureihen. In Frankreich ist die Verfassunggebung einer besonderen verfassunggebenden Gewalt übertragen. In Österreich unterliegt jede Verfassungsänderung einer Abstimmung durch das Bundesvolk. Das besagt, daß in allen Staaten mit verfassunggebender Gewalt die von der gesetzgebenden Gewalt beschlossenen Gesetze nicht den souveränen gesetzgeberischen Willen darstellen. Im Deutschen Reiche gilt dagegen jedes Gesetz als souverän, unbeschadet darum, ob der gesetzgeberische Akt

---

[4]) Vgl. Jellinek im Handb. d. Pol. Bd. III S. 16.
[5]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 40.
[6]) Vgl. Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 86; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 14.
[7]) And. A. Bühler in DJZ. 1921 Sp. 582; dagegen Schack in Gruch. Beitr. Bd. 66 S. 85.

vom Reichstag oder von dem Souverän selbst, dem Volk, herrührt. Es besteht somit ein Wesensunterschied zwischen den deutschen Gesetzen und denen Amerikas, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz, so daß schon aus diesem Grunde die Lehre Jellineks nicht bedenkenfrei ist[8]).

Es wirkt ferner wenig überzeugend, wenn Jellinek unter Hinweis auf die schweizerische Bundesverfassung die ausdrückliche Ausschließung der richterlichen Prüfung geradezu als eine Notwendigkeit hinstellt. Auch Frankreich versagt seinem Richter die Prüfung[9]). Österreich hat die Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten dem Verfassungsgerichtshof übertragen, Art. 89, 139, 140 österr. BV. Es bleibt also nur das amerikanische Recht zurück, das keine Ausnahme geschaffen hätte. Jellinek versucht offenbar, einem Gegenschluß von vornherein zu begegnen.

Die Annahme Jellineks, daß ohne ausdrückliche Bestimmung die richterliche Prüfungszuständigkeit auch für die Schweiz — es wären Frankreich und Österreich zu ergänzen — zu bejahen sei, ist weiter insoweit zweischneidig, als sie seine Gegner berechtigen könnte, sich über die Grundlage der verfassunggebenden Gewalt hinwegzusetzen, um damit das Problem im bejahenden Sinne zu beantworten[10]). Denn es „besteht kein logisch zwingender Zusammenhang zwischen der Anerkennung einer besonderen verfassunggebenden Gewalt und dem richterlichen Prüfungsrecht von Gesetzen. Die Aufgabe, die Verfassungsnormen auch gegenüber dem Gesetzgeber durchzusetzen, könnte ja auch einem anderen Organ als dem Richter, z. B. dem Staatshaupt, zuerkannt werden“[11]). Zudem ist nicht einzusehen, warum der richterliche Verfassungsschutz, wenn er in den Staaten mit besonderer verfassunggebender Gewalt gewährt wird, „nicht der Minderheit des einheitlichen Gesetzgebungskörpers ebensowohl zugute kommen sollte wie den Rechten eines besonderen pouvoir constituant. Und umgekehrt, wenn Bedenken bestehen, den Gerichten diese Rolle zuzuweisen, so gelten sie auch für Länder mit besonderem pouvoir constituant“[12]). Schließlich sei noch auf das norwegische Recht verwiesen. Norwegen besitzt, ebenso wie das Deutsche Reich, keine verfassunggebende Gewalt. Trotzdem findet dort die richterliche Prüfungszuständigkeit unbestrittene Anerkennung[13]). Der Hinweis auf die

[8]) Vgl. Jeschke in JW. 1922 S. 81; Wittmayer a. a. O. S. 463 f.
[9]) Vgl. Lebon a. a. O. S. 24 f.
[10]) Vgl. Wittmayer a. a. O. S. 464.
[11]) Vgl. Hatschek a. a. O. Bd. I S. 28; auch Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 152; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45.
[12]) Vgl. Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 271.
[13]) Vgl. Wolgast in DJZ. 1922 Sp. 716 f.; ders. in DJZ. 1924 Sp. 385 f.

schlechten Erfahrungen in Amerika muß vollends zur rechtlichen Entscheidung der Streitfrage versagen, da er reine Zweckmäßigkeitserwägungen betrifft. Überdies wird noch dagegen geltend gemacht, daß diese Erfahrungen für Deutschland nicht zu befürchten sind[14]).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß ein Vergleich mit dem ausländischen Staatsrecht die Frage für das deutsche Recht nicht zu entscheiden vermag. Es muß zugegeben werden, daß eine besondere verfassunggebende Gewalt für die Entscheidung über die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung vielleicht günstiger ist als die deutsche Einrichtung. Die Verfassungszustände anderer Staaten können jedoch nicht ohne weiteres auf das deutsche Recht übertragen werden[15]), da gerade „die ganze Individualität eines Staatsvolkes durch seine Verfassung gekennzeichnet ist“[16])[17]). Das ergeben vielleicht deutlicher noch als die Verfassungen der bereits erwähnten Staaten die staatsrechtlichen Verhältnisse in England[18]) und Italien[19]). Ob es sich empfiehlt, die Streitfrage für das deutsche Recht im Sinne der neu-österreichischen Regelung zu entscheiden, bleibt hier dahingestellt.

IV. Staatspolitische Untersuchungen.

Der politische Einschlag der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit ist bereits früher angedeutet worden. Im Schrifttum nehmen naturgemäß die staatspolitischen Erörterungen neben den rechtlichen Ausführungen eine bedeutende Stellung ein. Da aber Zweckmäßigkeitserwägungen das Problem rechtlich nicht zu entscheiden vermögen, würde es nach dem bisherigen Ergebnis unserer Untersuchungen unverständlich erscheinen, wenn schon hier solche staatspolitischen Erwägungen, die die vorausgesetzte rechtliche Verneinung der richterlichen Prüfungszuständigkeit bestätigen sollen, zur Darstellung gelangten, ehe über die Rechtsgründe, die für die Bejahung geltend gemacht werden, entschieden ist. Aus diesem Grunde beschränkt sich die Darstellung der Zweckmäßigkeitserwägungen im folgenden vorerst auf die Lehren, welche die Lösung des Problems mit rein juristischen Mitteln überhaupt ablehnen.

---

[14]) Vgl. Fleischmann im Handb. d. Pol. Bd. I S. 228; Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 275.
[15]) Vgl. Bendix in JW. 1924 S. 527.
[16]) Vgl. Piloty in DJZ. 1923 Sp. 512.
[17]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 47 ff.
[18]) Vgl. Koellreuter a. a. O. S. 2, 11.
[19]) Vgl. Brusa a. a. O. S. 170 ff., 229; auch Adamovich a. a. O. S. 75.

Als Wortführer ist in diesem Zusammenhang Thoma zu nennen, von dessen Ausführungen Anschütz sagt, daß sie die von ihm vertretene Lehre „durch die auf rein rechtslogische Argumente verzichtende, mit der Methode allseitiger Interessenabwägung arbeitende Begründung neu befestigt hätten“ [1]). Anschütz übersieht aber für seine Lehre hierbei, daß Thoma jede rechtliche Begründung ablehnt, infolgedessen die Thomasche Lehre auch nicht die Ansicht von Anschütz „neu befestigen“ kann.

Thoma geht ebenso wie Morstein-Marx, Radbruch u. a. m. davon aus, daß die Frage mit rein juristischen Mitteln nicht beantwortbar ist. Alle Rechtsgründe, welche in dem Widerstreit geltend gemacht werden, seien Scheingründe mit staatspolitischem Hintergrund. Infolgedessen sei „keine der gegensätzlichen Meinungen logisch beweisbar und die Lösung des Problems müsse mit Methoden angestrebt werden, die aus dem Bereich logisch-juristischer Beweisbarkeit hinausführen“ [2]). Thoma stellt die Frage dahin, ob es geboten sei, die dem Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit entsprechende, die richterliche Prüfungszuständigkeit verneinende, überkommene Übung der Gerichte aufzugeben, um der bedrohten neuen Verfassung zu Hilfe zu kommen. Die Antwort sei davon abhängig, ob das neue Verfassungsrecht hinreichend starke und zuverlässige Bürgschaften biete, um die Verfassungsvorschriften vor Umgehung auf Umwegen oder geradezu durch einfache Mehrheiten bei der Abstimmung zu schützen. Beim Fehlen ausreichender Sicherheiten müsse allerdings — bis zur Schaffung eines besonderen Prüfungsverfahrens — den deutschen Gerichtshöfen die Nachprüfung der Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit empfohlen werden, wenn andernfalls die begründete Gefahr gesetzgeberischer Mißachtung des Grundgesetzes bestünde. Nach Thoma besteht aber diese Gefahr nicht:

„a) weil — im Zeitalter des Verhältniswahlrechts und der Interessenverbände — verfassungsändernde Normen sich unbemerkt nur insoweit in die Gesetze einschleichen können, als es sich um Belanglosigkeiten und juristische Finessen handelt, ohne ernsthafte politische, wirtschaftliche oder kulturelle Bedeutung;

b) weil gegen eine offene Verfassungsverletzung durch ein Landesparlament der Minderheit das durchgreifende Klagerecht beim Staats-

---

[1]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 3 a. E.

[2]) Vgl. Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 270, 272; auch Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 319 f.; Cohn in GruchBeitr. Bd. 63 S. 513; Morstein-Marx a. a. O. S. 44; ders. im ArchöffR. N. F. Bd. 6 S. 222; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13.

gerichtshof (oder einer entsprechenden Landesinstanz) zur Verfügung steht (Art. 19 RV.);

c) weil endlich auch eine offene Verfassungsverletzung durch den Reichsgesetzgeber nicht im Bereich des Wahrscheinlichen liegt. Das Einspruchsrecht des Reichstags, das Minderheitsrecht auf Aussetzung und Volksentscheid (Art. 72/73), die Befugnis und Pflicht des Reichspräsidenten aus Art. 70 schaffen zuverlässige Garantien.

Oder richtiger: Garantien, die mir zuverlässig erscheinen. Denn mit diesem Werturteil wird das Gebiet des Subjektiven, des persönlichen Vertrauens in die Loyalität des neugeordneten Staatsorganismus betreten." [3])

Aus diesen Gründen erscheine es für die deutschen Gerichte empfehlenswert, bei dem deutschen und europäischen Herkommen zu verbleiben und sich Gesetzen gegenüber auf die Prüfung der Förmlichkeiten der Veröffentlichung zu beschränken [4]).

Die Lehre Thomas soll nicht unwidersprochen bleiben. Wie vorsichtig abwägend auch die Ausführungen Thomas über das Gesetzgebungsverfahren nach der Reichsverfassung erscheinen, ermangelt doch seiner Ansicht die Grundlage einer letzten, vollkommenen Rechtsrichtigkeit. Thoma bringt m. E. ebenso die Wirkung eines verfassungsverletzenden Gesetzes zu gering in Anschlag, wie er die verfassungsmäßigen Sicherheiten im Gesetzgebungsverfahren überschätzt. Denn einerseits ist es unzulässig, den Wert eines verfassungverletzenden Gesetzes rechtlich nach einer Unterscheidung zwischen bewußter oder unbewußter, belangreicher oder belangloser Verfassungsverletzung zu bestimmen, da doch in allen Fällen gleicherweise ein verfassungswidriges Gesetz vorliegt. Inwiefern aber einer unbewußten oder belanglosen Verfassungsverletzung geringere Bedeutung zukommen soll, ist nicht einzusehen. Das deutsche Volk hat sich eine Verfassung gegeben, um damit die Grundlagen seiner Rechtsordnung zu bestimmen. Der Zweck der Verfassunggebung würde aber vereitelt, wenn die Verfassung unbewußten Verletzungen durch die an der Gesetzgebung beteiligten Organe preisgegeben sein sollte, oder wenn eine belanglose Verfassungsverletzung nicht ebenso Beachtung fände wie eine belangreiche. Es ist überdies nicht ersichtlich, wo die Grenzen zwischen belangreich und belanglos liegen soll. Einen objektiven Maßstab gibt es dafür nicht. Ist nicht

---

[3]) Vgl. Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 285 f. = DJZ. 1922 Sp. 729 f.

[4]) Vgl. Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 273 ff.; zustimmend v. Hippel im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 132 Anm. 23; Jellinek in Veröffentlichungen... 1925 S. 40; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 15; Wolgast in DJZ. 1922 Sp. 719.

vielmehr jede Verfassungsverletzung als belangreich anzusehen? Grundlegende Bestimmungen werden allerdings voraussichtlich nicht unbewußt unbeachtet bleiben können. Um so größer ist die Gefahr gerade in solchen Fällen, wo Vorschriften in Frage kommen, deren Bedeutung den an der Gesetzgebung beteiligten Stellen nicht zum Bewußtsein gekommen ist, oder deren rechtliche Beurteilung besondere Schwierigkeiten bereitet. Daß aber politische Organe am wenigsten geeignet sind, über streitige Rechtsfragen zu befinden, sollte nicht in Zweifel gezogen werden. Das deutsche Volk als die Quelle aller Staatsgewalt hat nun seinerseits den ersten Anspruch darauf, die von ihm gesetzte Verfassung in allen Vorschriften von seinen Organen beachtet zu wissen. Es müßten also gewichtige Gründe angenommen werden, um auf den „wichtigsten Schutz der bürgerlichen Freiheit“ [5]), die richterliche Prüfungszuständigkeit, verzichten zu können. Abgesehen von dem bestreitbaren deutschen Herkommen ist Thoma diesen Beweis schuldig geblieben.

Andererseits ist auch das verfassungsmäßige Sicherungssystem nicht so unbedingt zuverlässig, wie Thoma annimmt. Denn Thoma hat übersehen, daß die Verfassung den deutschen Ländern gegenüber bei dem Zustandekommen eines, die Interessen der Länder berührenden, verfassungswidrigen Gesetzes einen ausreichenden Schutz vermissen läßt. Die verfassungsmäßigen Mittel versagen nämlich, wenn das durch ein verfassungswidriges Gesetz gefährdete Land bereits im Reichsrat überstimmt worden ist, oder aber der Reichsrat, das alleinige Organ zur Wahrung der Interessen der Länder, dem geschlossenen Widerstand von Reichstag — Reichspräsident — Reichsvolk begegnet, Art. 72—76 RV. Abgesehen von diesen Bedenken bleibt überdies noch die weitere Frage offen, ob überhaupt eine Rechtsnorm, sei es Verordnung, Gesetz oder Verfassung, so starkes Vertrauen in ihre Rechtsgültigkeit verdient, daß sie über jeden Zweifel erhaben ist. Soll auch der Reichsverfassung, unbeschadet um ihre Wertung nach der rechtlichen Seite, von vornherein kein Mißtrauen entgegengebracht werden, so ist doch daran festzuhalten, daß selbst die Verfassung „eine Satzung von Menschenhand und als solche erdgebunden“ ist. Der Glaube an die unbedingte Sicherheit der Verfassung ist somit mit Vorsicht aufzunehmen [6]).

---

[5]) Vgl. Triepel im ArchöffR. Bd. 39 S. 537.

[6]) Vgl. Morstein-Marx im ArchöffR. N.F. Bd. 6 S. 223; ders. eingehend Variationen S. 72 ff.; ferner v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 241 Anm. 3; Triepel a. a. O. S. 92 f.; Stier-Somlo, Staatsrecht S. 677 f.; auch Breiholdt im ArchöffR. N.F. Bd. 10 S. 320 f.

V. Die Rechtsprechung.

Die obersten Gerichtshöfe des Reichs und der Länder haben in ihrer Rechtsprechungstätigkeit verhältnismäßig nur selten Gelegenheit gehabt, über die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit bezüglich der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu befinden. Wie sich aber in neuerer Zeit, zumal seit der Staatsumwälzung vom 9. November 1918, die Zweifelsfälle gemehrt haben, waren die Gerichte wiederholt in die Lage versetzt, zu der streitigen Frage klarer Stellung zu nehmen, als bisher geschehen war. Insbesondere hatte das Reichsgericht eine zweifelsfreie Entscheidung vermieden. Schack beruft sich vom Standpunkt der Gegenwart — die Untersuchung Schacks ist im Jahre 1922 veröffentlicht — zu Unrecht darauf, „daß die ergangenen Entscheidungen der neueren Zeit aber eher gegen das Prüfungsrecht gerichtet seien, als für dasselbe“[1]). Denn abgesehen davon, daß alle von Schack angeführten Entscheidungen der vorrevolutionären Rechtsprechung angehören, läßt schon die Satzfassung bei Schack erkennen, daß die frühere höchstgerichtliche Stellungnahme nicht so bedenkenfrei und so überzeugend gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit zu werten ist, wie es in seinem Sinne angenehm wäre.

In dem ersten und ältesten Entscheidungsfalle des Reichsgerichts handelt es sich um die dem Landesrecht entnommene Frage, ob dem § 29 der bremischen Deichordnung wegen Verfassungswidrigkeit die rechtsverbindliche Kraft zu versagen sei. Denn es sei entscheidend, ob das Gesetz ohne Änderung der Verfassung und ohne Anwendung der besonderen verfassungsändernden Vorschriften hätte erlassen werden dürfen. Diese Frage entziehe sich aber der richterlichen Nachprüfung[2]). Auf das Gebiet des Reichsrechts übertragen, würde diese Entscheidung mit der Verneinung der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung bezüglich der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen gleichbedeutend sein. Gelegentlich eines Rechtsstreites um die Verfassungsmäßigkeit einer Bundespräsidialverordnung erkennt aber das Reichsgericht bereits an, daß „die Frage, ob ein richterliches Prüfungsrecht in Ansehung der Verfassungsmäßigkeit von Bundes- bzw. Reichsgesetzen besteht, bis heute noch streitig ist, wenn schon solche überwiegend bejaht wird“[3]). Damit bleibt das Problem ebenso offen wie in der Entscheidung vom 6. Oktober

---

[1]) Vgl. Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 83; wie hier dagegen Schack in Köln. Ztg. 1927 Nr. 229 b.
[2]) Vgl. RGZ. Bd. 9 S. 235.
[3]) Vgl. RGZ. Bd. 24 S. 3.

1911, in welcher das Reichsgericht wiederum in der Frage der Prüfung eines Reichsgesetzes eine wirklich verantwortliche Stellungnahme vermieden hat. Denn, wenn es nach den Urteilsgründen „an jedem Anlaß fehlt, an dem ordnungsmäßigen Zustandekommen (des verfassungsändernden § 13 des Zolltarifgesetzes vom 25. Dezember 1902) auch gemäß Art. 78 der Reichsverfassung zu zweifeln, da das Gesetz vom Bundesrat und vom Reichstage beschlossen und ordnungsmäßig verkündet ist“ [4]), so zeigt doch die besondere Erwähnung des Art. 78 a. RV., daß das Reichsgericht sehr wohl die gemäß Art. 78 a. RV. erschwerte Beschlußfassung im Bundesrat in Erwägung gezogen hat. Solange aber keine begründeten Zweifel darüber bekannt geworden waren, daß im Bundesrat die erforderliche Stimmenmehrheit nicht vorhanden war, konnte die Vermutung des Art. 2 a. RV. auch für das Reichsgericht als ausreichend gelten [5]).

In der Entscheidung vom 11. Januar 1916 spricht sich das Reichsgericht gegen die Überprüfbarkeit eines Reichsgesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit aus, wo es heißt: „Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz vom 3. Juli 1913 oder auch schon das Gesetz vom 14. Februar 1911 gegen Art. 4 Nr. 2 RV. verstößt, denn selbst wenn das der Fall sein sollte, würde doch die Verbindlichkeit beider Gesetze anerkannt werden müssen. Verfassungsrechtliche Bestimmungen haben, wie sich aus Art. 78 RV. ergibt, keine stärkere Kraft, als die Bestimmungen irgend eines anderen Reichsgesetzes, sie werden deshalb durch jedes spätere, eine abweichende Vorschrift enthaltende Reichsgesetz ohne weiteres außer Kraft gesetzt.“ [6]) Das preußische Oberverwaltungsgericht bescheidet in einer Entscheidung vom 25. Oktober 1912 die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gleichfalls im verneinenden Sinne [7]).

Für beide Entscheidungen scheint bemerkenswert, daß sie unbegründet geblieben sind. Während das Reichsgericht immerhin noch in einem Nebensatz auf Art. 78 a. RV. verweist, entledigt sich das preußische Oberverwaltungsgericht des Problems in Gedankenstrichen mit dem Hinweis, daß die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen dem Richter entzogen sei. Diese Behandlung entspricht in keiner Weise der Bedeutung des vorliegenden Problems, das bis in die Gegenwart noch streitig geblieben ist. Dieserhalb ist der Eindruck, daß beide Entscheidungen mit Vorbedacht ohne Begründung ergangen sind, unabweisbar. In gleichem Maße verlieren sie aber auch an wissenschaftlichem

[4]) Vgl. RGZ. Bd. 77 S. 231.
[5]) And. A. Jellinek in JW. 1925 S. 455; ders. in JW. 1924 S. 52.
[6]) Vgl. RGZ. in JW. 1916 S. 597.
[7]) Vgl. Pr. OVG. Bd. 63 S. 169 f.

Wert, da durch diese Haltung der Gerichte ein Zustand geschaffen wird, der einer vollkommenen Rechtsrichtigkeit nur wenig dienlich ist[8]).

Aus der neueren Zeit sind noch zwei Entscheidungen bekannt geworden, in denen sich das Reichsgericht ebenfalls gegen die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung von Gesetzen ausgesprochen hat[9]). Da aber beide Urteile ohne Begründung sowie ohne Beziehung zu dem der Entscheidung unterliegenden Falle ergangen sind, erscheint es nicht angängig, diese einseitig zuungunsten der richterlichen Prüfungszuständigkeit auszulegen. Das gilt um so mehr, als, wie später darzulegen sein wird, sich gerade die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts und der anderen Höchstgerichte abzüglich dieser mehr gelegentlichen Hinweise einhellig und in maßgeblichen Entscheidungen zu der Bejahung unserer Frage bekannt hat.

§ 4.

Die bejahenden Lehren der richterlichen Prüfungszuständigkeit nach dem Stand der Wissenschaft und der Rechtsprechung.

Die Untersuchung wendet sich nunmehr wesentlich den wissenschaftlichen Lehren und dem Teil der Rechtsprechung zu, in denen die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit bejaht wird. Soweit verneinende Lehren unbehandelt blieben, betreffen sie kritische Erörterungen, die im weiteren Zusammenhang zur Darstellung gelangen. Die folgenden Ausführungen werden systematisch an den verfassungsmäßig begründeten Zustand anknüpfen müssen.

I. Die Wertung des verfassungsmäßigen Zustandes.

Mit dem Schweigen der Reichsverfassung ist die wissenschaftliche Lehre zuständig. Aus dem Umstande, daß die Streitfrage verfassungsmäßig unerledigt geblieben ist, kann, wie schon früher erörtert, nicht ohne weiteres die Verneinung der richterlichen Prüfungszuständigkeit gefolgert werden. Dazu bedürfte es eines ausdrücklichen Rechtssatzes, wie dieser z. B. in Art. 106 Abs. 2 a. pr. VU. oder § 47 schaumb.-lipp. VU. gegeben ist[1]). Andererseits ist es ebenso unzutreffend, wenn Preuß

[8]) Vgl. Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 273.

[9]) Vgl. RGZ. Bd. 107 S. 317; RG. im Recht 1925 S. 70/71.

[1]) Vgl. Bühler in DJZ. 1921 Sp. 583; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 239; Gierke a. a. O. S. 137 f.; Nawiasky a. a. O. S. 373; ders. in DJZ. 1923 Sp. 41; Triepel im ArchÖffR. Bd. 39 S. 536.

aus der gleichen Rechtslage den Gegenschluß gewinnt, daß „das richterliche Prüfungsrecht unbedingt dort existiere, wo es nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei“ [2]).

Aus der Tatsache, daß die Reichsverfassung keine Regelung getroffen hat, läßt sich ein Rechtssatz von so allgemeiner Fassung nicht entnehmen. Die vertretene Ansicht ist vielmehr eine Behauptung, die weder mit den Verhandlungen im Verfassungsausschuß noch mit § 72 bayer. VU. vereinbar ist. Preuß hat sich zwar gerade im Verfassungsausschuß im angegebenen Sinne ausgesprochen. Allein damit würde das Ergebnis der Ausschußverhandlungen, das nach der Schlußerklärung des Abgeordneten Beyerle darin beruht, daß „auf die große Frage des richterlichen Prüfungsrechts verzichtet wird“ [3]), in sein Gegenteil verkehrt werden. Ferner wäre § 72 bayer. VU., in welchem die Prüfung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit — wenn auch in Überschreitung der Zuständigkeit des bayerischen Verfassunggebers — den Gerichten zur Pflicht gemacht wird, nicht verständlich, da die Frage offensichtlich schon reichsrechtlich geregelt wäre. Das sollte und ist aber nicht geschehen.

Da somit ausdrückliche Vorschriften des Verfassungsrechts nicht vorhanden sind oder wenigstens keine bedenkenfreie Antwort geben, muß versucht werden, aus allgemeinen Rechtsvorschriften die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung zu begründen. Die wissenschaftliche Lehre wird hierbei auf allgemein rechtliche Grundsätze zurückgreifen, die dem Wesen des Gesetzes und der richterlichen Gewalt entnommen sind. Der rechtlichen Untersuchung gliedern sich staatspolitische Erwägungen an [4]). Praktisch wird die Frage durch die Rechtsprechung entschieden werden [5]).

II. Die rechtliche Begründung der richterlichen Prüfungszuständigkeit.

Die rechtliche Begründung der richterlichen Prüfungszuständigkeit weist im Gegensatz zu den gegnerischen Lehren eine ungleich größere Geschlossenheit auf. Dadurch gewinnt erstere naturgemäß an

---

[2]) Vgl. Preuß in Prot. d. VerfA. S. 583; ebenso Fleischmann im Handb. d. Pol. Bd. I S. 228; auch Kelsen, Bundesverfassung S. 182.

[3]) Vgl. Beyerle in Prot. d. VerfA. S. 486.

[4]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 45, 65; Bendix in JW. 1924 S. 528; Friedrichs im Recht 1924 Sp. 333; Nawiasky in DJZ. 1923 Sp. 41; Simonson im Recht 1924 Sp. 110; Stier-Somlo, Staatsrecht S. 675; Wolgast in DJZ. 1922 Sp. 718; ferner RGZ. Bd. 111 S. 322.

[5]) Görres in JW. 1924 S. 1566; Morstein-Marx a. a. O. S. 13 f.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 225; Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 284.

Überzeugungskraft. Allerdings findet in den meisten Abhandlungen die Fragestellung nicht die ihr geziemende Berücksichtigung, so daß der Vorwurf der petitio principii oft nur zu gerechtfertigt erscheint. Es ist nicht zu leugnen, daß selbst neuere Untersuchungen bedeutender Staatsrechtslehrer leicht den Eindruck aufkommen lassen, als ob der Verfasser den Versuch unternommen hätte, das aus einer bestimmten politischen Einstellung gewonnene Ergebnis durch einen rechtlichen Beweis zu festigen. Der Eindruck der Verquickung der Rechtsfrage mit staatspolitischen Erwägungen erklärt sich vielfach aus verfehlter Fragestellung. Von Anfang an wird nämlich die Frage der Prüfungszuständigkeit des Richters zur Erörterung gestellt, obschon der Frage, welchem Organ die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zusteht, nur nachgeordnete Bedeutung beizumessen ist. Der Vorwurf der petitio principii muß aber versagen, wenn zuvörderst die rechtliche Bedeutung eines als „Gesetz" bezeichneten Aktes, der in der Form oder sachlich der Reichsverfassung widerspricht, zur Untersuchung gelangt. Daran möge sich die Frage anschließen, wie sich die einzelnen Organe im Staat einem in solcher Weise gekennzeichneten Akte gegenüber zu verhalten haben. Beide Fragen können aber nur an Hand der positiv-rechtlichen Vorschriften der Reichsverfassung gelöst werden[1]).

a) Die Nichtigkeit verfassungswidriger Reichsgesetze.

Die rechtliche Natur des von der gesetzgebenden Gewalt gesetzten, in der Form oder sachlich verfassungswidrigen Aktes ist aus den positiv-rechtlichen Verfassungsvorschriften über das Zustandekommen der Gesetze zu entnehmen. Indem nämlich der Souverän, das Volk, in der Verfassung die Grundzüge seiner Rechtsordnung bestimmt, unter anderem Vorschriften über das Zustandekommen von Gesetzen schafft, werden die Voraussetzungen festgelegt, unter welchen den Akten der Gesetzgebung die Eigenschaft eines bindenden Gesetzes zukommen soll. Wie das Verordnungsrecht auf den Vollmachten seitens der gesetzgebenden Gewalt aufgebaut ist, ist die Gesetzgebung selbst durch die Verfassung bedingt. Denn die Verfassung ist das Werk des souveränen deutschen Volkes. In Übereinstimmung mit den geschichtlichen Tatsachen der Neuordnung des neuen Deutschen Reiches hat sich das Volk zur Quelle aller Staatsgewalt erklärt, Art. 1 Abs. 2 RV. Das Volk hat aber in seiner Verfassung grundsätzlich die Betätigung der Staats-

[1]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 17; Böttticher in LZ. 1926 Sp. 884 f.; Jeschke in JW. 1922 S. 81.

gewalt im Sinne einer Gewaltenteilung bestimmten Organen übertragen. Hierdurch erhält alle staatliche Gewalt, also auch die Gesetzgebungsgewalt, abgeleitete Rechtsnatur. Die Gesetzgebung ist somit, ebenso wie die vollziehende und die richterliche Gewalt, durch die vom Volk gesetzte Verfassung, die höhere Rechtsordnung, bedingt. Hat aber das Volk den Weg über das Zustandekommen von Reichsgesetzen verfassungsmäßig festgelegt, so kann sich nur aus den die Gesetzgebung regelnden Verfassungsvorschriften ergeben, ob der vom Reichspräsidenten ausgefertigte und im Reichsgesetzblatt unter der Bezeichnung als „Gesetz" verkündete Beschluß der gesetzgebenden Körperschaft als Reichsgesetz anzusprechen ist.

Als Reichsgesetze gelten daher nur diejenigen Akte der Gesetzgebung, bei welchen den verfassungsmäßigen Voraussetzungen für das Zustandekommen, insbesondere bei verfassungsändernden Gesetzen den Bedingungen erschwerter Beschlußfassung in den zuständigen Körperschaften, einwandfrei genügt ist. Beim Fehlen eines verfassungsmäßigen Erfordernisses kann ein Gesetz nicht zustandekommen, da gerade diejenigen Voraussetzungen außer acht geblieben sind, durch welche nach dem erklärten Willen des Volkes das Zustandekommen eines Gesetzes bedingt sein soll. Somit ist jeder als „Gesetz" kundgemachte Akt der Gesetzgebung, der in der Form oder sachlich, falls ein verfassungsänderndes Gesetz nicht mit der erforderlichen Mehrheit beschlossen worden ist, der Verfassung widerspricht, ein Scheingesetz, ein rechtlich irrelevanter, nichtiger Akt[1]).

Gegenüber dieser durch den Abstand von Gesetz und Verfassung bedingten Lehre wird geltend gemacht, daß die Verfassung nicht als ein Gesetz höheren Ranges anzusehen sei, sondern eine jedem anderen Gesetz gleichwertige Rechtsquelle darstelle. Dem deutschen Staatsrecht sei die Einrichtung einer besonderen verfassunggebenden Gewalt, die über der einfachen Gesetzgebung stehe, fremd geblieben. Die Verfassung könne vielmehr im Wege der Gesetzgebung abgeändert werden, Art. 76 Abs. 1 Satz 1 RV. Daß für Verfassungsänderungen in Art. 76 RV. eine erhöhte Mehrheit bei der Beschlußfassung vorgeschrieben sei, bedeute lediglich eine Erschwerung des gewöhnlichen Weges der Gesetzgebung. Das Wesen des Verfassungsgesetzes bleibe jedoch hierdurch unberührt.

---

[1]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 30, 32; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 581 f.; Enneccerus a. a. O. § 34 II; Fleiner a. a. O. S. 19 Anm. 27; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 238, 242; Friedrichs im Recht 1924 Sp. 331; Görres in JW. 1924 S. 1566; Kelsen, Staatsunrecht S. 96; Nawiasky a. a. O. S. 373; Preuß in DJZ. 1924 Sp. 651 ff.; Triepel a. a. O. S. 93 f.; ders. auf dem 33. DJTag, Verh. S. 20; ders. im ArchöffR. Bd. 39 S. 538; ferner RGZ. Bd. 111 S. 322; RVersGer. in JW. 1925 S. 90.

Da aber zwischen Verfassung und Gesetz kein Rangverhältnis bestehe, habe der deutsche Richter beide als gleichstufige Rechtsquellen zu werten. Er dürfe dieserhalb einem einfachen Gesetz nicht darum die Anwendung versagen, weil es mit der Verfassung im Widerspruch stehe. Vielmehr habe der Richter nach dem Grundsatz der lex posterior stets dem jüngeren Gesetz zur Anerkennung zu verhelfen. Die Verfassung gelte insoweit als abgeändert. Der Richter aber habe keinesfalls zu prüfen, inwieweit die gesetzgebende Gewalt bei einer etwaigen Verfassungsändrung an erschwerte Beschlußfassung gebunden gewesen wäre. Diese Frage berühre allein die an der Gesetzgebung beteiligten Stellen[2]).

Schack erkennt zwar die Überordnung der Verfassung über das Gesetz und die Bindung des einfachen Gesetzgebers an die Verfassung bis zu deren verfassungsmäßiger Abänderung an. Wo aber Verfassungsänderungen dem einfachen Gesetzgeber überlassen seien, da seien, trotz der rechtlichen Bindung der Gesetzgebungsgewalt an die Verfassung, die in ihr enthaltenen Vorschriften über den Weg des Gesetzgebungsverfahrens und die allgemeinen Grundsätze nur als eine Norm für die Gesetzgebung aufzufassen. Da die einfache gesetzgebende Gewalt hier die höchste Macht im Staate darstelle, könne es keine Stelle geben, die zuständig wäre, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebungsakte nachzuprüfen und auf die Einhaltung der Verfassungsschranken hinzuwirken[3]). Hatschek ergänzt diesen Gedankengang gewissermaßen durch den Hinweis, daß nach der tatsächlich geübten Reichstagspraxis die Vorschriften der erschwerten Beschlußfassung bei Verfassungsänderungen nicht als Vorschriften gewertet würden, denen ausschlaggebende Bedeutung zukomme[4]).

Jellinek greift im Hinblick auf das Fehlen einer besonderen verfassunggebenden Gewalt auf seine Lehre vom fehlerhaften Staatsakt zurück. Das verfassungswidrige Reichsgesetz leide nur an einem Verfahrensmangel des an sich zuständigen Gesetzgebers. Jellinek führt aus: „Nichtigkeit ist nur die seltene Folge fehlerhafter Staatsakte. Wenn eine Strafkammer die Schuldfrage rechtsirrig mit einfacher Mehrheit anstatt mit Zweidrittelmehrheit bejaht hat, so ist das Urteil darum nicht nichtig. Auch Verordnungen werden nicht wegen jeden Verfahrensmangels für ungültig erklärt ... Solange die gewöhnliche und die Verfassungsgesetzgebung von den gleichen Organen ausgeübt wird, leidet auch das inhaltlich verfassungswidrige Gesetz nur an einem Verfahrens-

---

[2]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 76 Anm. 1; Hatschek a. a. O. Bd. I S. 28 f.; Jellinek a. a. O. S. 104; Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 152 f.; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 743 f.; Salinger im Recht 1924 Sp. 358.

[3]) Vgl. Schack a. a. O. S. 140.

[4]) Vgl. Hatschek a. a. O. Bd. I S. 28 f.

mangel: es ist ein verfassungswidrig zustandegekommenes Verfassungsgesetz, ohne darum ungültig zu sein"[4].

Wittmayer folgt Jellinek im Ergebnis und findet überdies „das Reichsgesetz vom 8. IV. 1920 (RGBl. 1920, Teil I, S. 510) nicht recht verständlich, das die Entscheidung des Reichsgerichtssenates über die Frage, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar sei, mit Gesetzeskraft ausstatte und im Reichsgesetzblatt veröffentlichen lasse. Das habe mit unentrinnbar innerster Logik geschehen müssen, weil eine richterliche Entscheidung, die auch ein Landesgesetz außer Kurs setzen wolle, unfehlbar mindestens Rang und Wirkung eines ordnungsmäßig verkündeten Reichsgesetzes teilen müsse ..." Wittmayer verweist weiter auf das durch die österreichische Bundesverfassung erstmalig geschaffene Feststellungsverfahren durch den Verfassungsgerichtshof, wonach die Zurückziehung des in Frage stehenden Gesetzes „ausdrücklich und in aller Form erfolgen müsse"[5].

Auf die schon früher erwähnte Lehre Salingers, welcher unter unvollständiger Berufung auf Fleiner „die praktische Bedeutung der Trennung der Gewalten" darin erkennt, „daß jede Gewalt verpflichtet ist, die Akte der anderen Gewalt anzuerkennen", kann verzichtet werden. Salinger verschweigt nämlich, daß gerade Fleiner die Anerkennung der Akte der anderen Gewalt davon abhängig macht, daß „diese nicht etwa nichtig sind". Diese Frage bleibt aber bei Salinger offen[6].

Die Lehre, daß eine Verfassungsverletzung nur unter dem Vorbehalt einer besonderen verfassunggebenden Gewalt zu berücksichtigen sei, ist willkürlich. Der gleiche Abstand zwischen Gesetz und Verfassung besteht auch dort, wo für eine Änderung der Verfassung die einfache Gesetzgebung zuständig ist. Hinsichtlich der sachlichen Verfassungsmäßigkeit wird allerdings der Stufenunterschied zwischen Gesetz und Verfassung nur in den Staaten erkennbar, in welchen eine Änderung der Verfassung durch erhöhte Beschlußfassung bedingt ist. England und Italien z. B. müßten nach ihrem geltenden Verfassungsrecht hierfür ausscheiden. Das deutsche Recht ist jedoch durch eine Erschwerung des Zustandekommens verfassungsändernder Gesetze ausgezeichnet, Art. 76 RV.

Jeschke übersteigert m. E. die Bedeutung der Weimarer Nationalversammlung, wenn er aus der Tatsache, daß „die Verfassung von dem durch die Nationalversammlung repräsentierten Volke geschaffen worden

---

[4]) Vgl. Jellinek in DJZ. 1921 Sp. 754; ferner Jellinek a. a. O. S. 104; Schack in Grachots Bd. 66 S. 53.

[5]) Vgl. Wittmayer a. a. O. S. 461.

[6]) Vgl. Salinger im Recht 1924 Sp. 858 mit Fleiner a. a. O. S. 18.

ist", auch für das deutsche Staatsrecht das Bestehen einer besonderen verfassunggebenden Gewalt folgert[8]). Die Nationalversammlung ist eine vorübergehende Erscheinung geblieben, welche zwar zum Zwecke der Verfassunggebung berufen war, die aber mit der Vollendung des Verfassungswerks ihre endgültige Erledigung gefunden hat. Sie ist somit als geschichtliche Tatsache zu werten. Der in Art. 1 Abs. 2 RV. erklärte Gedanke der Volkssouveränität hat in der Auswirkung der Verfassung nur mittelbaren Ausdruck gefunden. Soweit im Volksbegehren und Volksentscheid die unmittelbare Teilnahme des Volkes an der Gesetzgebung durchgeführt ist, Art. 73 ff. RV., ist diese auf seltene Ausnahmefälle beschränkt geblieben. Grundsätzlich bleibt also alle Gesetzgebung, auch die Änderung der Verfassung, dem Alltagsgesetzgeber, dem Reichstag überlassen.

Bühler wertet andererseits die Bedeutung einer besonderen verfassunggebenden Gewalt vielleicht zu gering. Für Staaten mit verfassunggebender Gewalt wird nämlich der Vorrang der Verfassung im allgemeinen anerkannt[9]). Immerhin ist Bühler darin zu folgen, wenn er der Stärke der Erschwerung des Zustandekommens von Verfassungsgesetzen keine Bedeutung für den Vorrang des Verfassungsrechts zumessen will[10]). Die Befugnisse des Gesetzgebers sind in gleicher Weise beschränkt, wenn er nur in Übereinstimmung mit einer anderen Körperschaft die Verfassung abändern kann, wie wenn er, wie nach deutschem Recht, an eine zweifache Zweidrittelmehrheit bei der Beschlußfassung gebunden ist. Der Verschiedenheit der Organe der Verfassunggebung und der einfachen Gesetzgebung einerseits entspricht andererseits die besondere Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens für Verfassungsänderungen. Denn beide Beschränkungen bezwecken, Verfassungsänderungen vor den einfachen Gesetzen auszuzeichnen. Kann auch der Gesetzgeber sich selbst nicht rechtlich binden, so sollte doch dem durch die Nationalversammlung erklärten Willen des deutschen Volkes erhöhter Schutz vor dem Alltagsgesetzgeber gewährt werden. Die Verfassung kann durch jeden Reichstag abgeändert werden, aber eben nur unter den verfassungsmäßigen Voraussetzungen. Wird noch der unbestreitbare Umstand in Rechnung gezogen, daß jede gesetzgeberische Tätigkeit des Reichstags abgeleitete Staatsgewalt bedeutet, die also um so mehr an den erklärten Willen des in der Verfassung und in der Wahl zur Volksvertretung ermächtigenden deutschen Volkes gebunden ist, so sollte der Abstand von Gesetz und Verfassung keinen ernsthaften Zweifeln mehr unterliegen. Auf jeden Fall setzt aber die

[8]) Vgl. Jeschke in JW. 1922 S. 81 f.
[9]) Vgl. dagegen Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 152.
[10]) Vgl. Bühler in DJZ. 1921 Sp. 582.

Aufhebung eines älteren Gesetzes die Rechtsbeständigkeit des jüngeren, aufhebenden Gesetzes vorauf, die gerade bei der Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit in Frage gestellt ist[11]).

Bendix unterschätzt die geschichtliche Bedeutung der Verfassung, wenn er in der Unterscheidung zwischen Normen höheren und niederen Grades überhaupt „ethisch politische Vorurteile" erkennt[12]). Wittmayer erkennt übrigens aus den vorstehenden Erwägungen gleichfalls den Vorrang der Verfassung an[13]). Freund begründet überdies die richterliche Prüfungszuständigkeit für die Vereinigten Staaten nicht durch die Berufung auf die besondere verfassunggebende Gewalt, sondern schlechthin aus dem Abstand von Gesetz und Verfassung[14]).

Die von Schack und Hatschek angeführten Bedenken lassen gerade eine Nachprüfuung der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit um so gerechtfertigter erscheinen.

Auch die Beweisführung Jellineks mit der Unterscheidung nach wesentlichen und unwesentlichen Mängeln fehlerhafter Staatsakte ist nicht bedenkenfrei. Es ist Jellinek zuzugeben, daß bei Urteilen und anderen Staatsakten, welche die Rechtsverhältnisse einzelner bestimmen, Nichtigkeit nur in seltenen Fällen der Fehlerhaftigkeit eintritt. Die Gesetze ordnen aber durch allgemeine Vorschriften die Rechtsbeziehungen aller Staatsbürger. Die Gesetze bilden die rechtliche Grundlage für alle späteren Staatsakte. Während aber in der Möglichkeit von Rechtsbehelfen für die Fälle besonderer fehlerhafter Staatsakte Abhilfe geschaffen ist, soll es für Gesetze, deren ungleich wesentlichere Bedeutung unverkennbar ist, keinen Weg geben, deren Verfassungswidrigkeit zu beseitigen. Aus diesen Gründen ist eine Rechtsähnlichkeit zwischen den mangelhaften Staatsakten, die nur einzelne Staatsbürger betreffen, und Gesetzen nicht einzusehen[15]).

Es kann andererseits dahingestellt bleiben, „ob nicht Rechtsvorschriften im Zweifel als wesentlich anzusehen sind und daher ihre Unwesentlichkeit aus positivrechtlichen Sätzen nachgewiesen werden muß. Doch jedenfalls kann man die verfassungsmäßigen Vorschriften über das Zustandekommen des obersten Staatswillens nicht dadurch bagatellisieren, daß man ihre wesentliche Rechtserheblichkeit in Zweifel

---

[11]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 31; Preuß in DJZ. 1924 Sp. 651 ff.; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; auch Triepel auf dem 32. DJTag, Verh. S. 20; Piloty in DJZ. 1923 Sp. 515; im Ergebnis Jeschke in JW. 1922 S. 81 f.

[12]) Vgl. Bendix in JW. 1924 S. 528.

[13]) Vgl. Wittmayer a. a. O. S. 462.

[14]) Vgl. Freund a. a. O. S. 84.

[15]) So Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 44.

zieht. Auch ist zu beachten, daß die Annahme, die Einhaltung dieser Vorschriften sei für die Frage der Rechtsverbindlichkeit des Ergebnisses gleichgültig, diese Vorschriften etwa auf die Stufe von sog. Sollvorschriften herabdrücken, d. h. letzten Endes ihrer eigentlichen rechtlichen Bedeutung berauben würde“[16]).

Jellinek versucht diesem Einwand dadurch zu begegnen, daß dann „alle für die obersten Reichsorgane erlassenen Vorschriften, auch z. B. die prozeßrechtlichen Vorschriften für das Reichsgericht, wertlos wären. In Wirklichkeit besteht ihr Wert darin, daß die obersten Organe bestrebt sein werden, die Vorschriften peinlich innezuhalten. Vor allem ... können sich doch auch die Richter über diese Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes irren“[17]). Das Beispiel Jellineks ist darum nicht beweiskräftig, weil es einen Rechtsbruch der obersten Reichsorgane bedeuten würde, der angesichts der Eigenschaften des deutschen Richterstandes nicht in den Grenzen des Wahrscheinlichen liegt. Sind dagegen im Reichstag schon politische Erwägungen vorwiegend, so ist vollends die Gefahr eines Rechtsirrtums dort begründeter als bei den Stellen, deren eigentliche Aufgabe die Auslegung und Anwendung des Rechts ist. Überdies betrifft ein richterlicher Rechtsirrtum nur einen Einzelfall.

Die von Wittmayer im Anschluß an das Reichsgesetz vom 8. April 1920 anknüpfenden Bedenken vermögen die Lehre von der Nichtigkeit verfassungswidriger Reichsgesetze nicht in Frage zu stellen. Eine gerichtliche Entscheidung mit Gesetzeskraft erscheint allerdings dem ersten Blick als etwas Neues. Dieser erste Eindruck verschwindet, sobald der Inhalt des höchstgerichtlichen Urteils in Untersuchung gezogen wird. Das Urteil hat seinem Wesen nach Feststellungsnatur. Durch das Urteil wird aber kein neues Recht geschaffen, wie Wittmayer im Hinblick auf den irreführenden Wortlaut des genannten Gesetzes zu Unrecht annimmt, sondern festgestellt, daß das in Frage stehende Landesgesetz besteht oder nicht[18]). Da nämlich nach Art. 13 Abs. 1 RV. Reichsrecht Landrecht bricht, haften Nichtig- bzw. Gültigkeit dem Landesgesetz ursprünglich an. Die Entscheidung wirkt somit ex tunc. Damit bleibt aber kein Raum für eine etwaige durch den Staatsgerichtshof zu schaffende lex specialis übrig. Wenn § 1 Abs. 3 des Gesetzes vom 8. April 1920 die Entscheidung mit Gesetzeskraft

---

[16]) Vgl. Nawiasky a. a. O. S. 374; ders. in DJZ. 1923 Sp. 41; auch Adamovich a. a. O. S. 40.

[17]) Vgl. Jellinek a. a. O. S. 104.

[18]) Vgl. Aktenstücke der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung 1919/20 Nr. 2056.

ausstattet, so hat das den Sinn der Rechtskraft für und gegen alle[19]). Nach Anschütz wirkt die Entscheidung „wie eine vom Reichsgesetzgeber ausgehende authentische Interpretation des betreffenden Reichsgesetzes", ohne die ursprüngliche Nichtigkeit zu berühren[20]). Inwieweit das richtig ist, kann dahingestellt bleiben, da hier als wesentlich die Nichtigkeit reichsverfassungswidriger Landesgesetze immerhin bestätigt wird.

Neuerdings soll übrigens nach § 6 des von Külz veröffentlichten Entwurfs über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts der Entscheidung des Staatsgerichtshofs gleichfalls „Gesetzeskraft" zukommen. Trotz der mißverständlichen Fassung begründet Külz: „Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs stellt im Falle einer Ungültigkeitserklärung fest, daß die fragliche Rechtsnorm von Anfang an nichtig ist."[21]) Mit andern Worten besagt das, durch den Beschluß des Staatsgerichtshofs wird festgestellt, daß bereits die Verfassung selbst das ihr widersprechende Gesetz gebrochen hat. Daraus folgt notwendig von Anfang an herrührende Nichtigkeit des verfassungswidrigen Gesetzes[22]). Eine bedenkenfreiere Bestätigung unseres Ergebnisses hätte Külz in seiner Auslassung nicht geben können. Weiteres Eingehen auf die Fragen des Külzschen Entwurfs bleibt späteren Ausführungen vorbehalten.

Der Hinweis auf Art. 139 Abs. 4 österr. BV. versagt darum, weil diese Vorschrift entgegen der deutschen Bestimmung nicht von der ursprünglichen Nichtigkeit ausgeht. Das Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs hat vielmehr die Natur eines Gestaltungsurteils mit Wirkuung ex nunc. Zudem wäre zu wiederholen, daß es nicht angängig ist, fremde Rechtseinrichtungen ohne weiteres auf das deutsche Recht zu übertragen, zumal wenn sie so eigen geartet sind wie die österreichische Vorschrift. Aus den vorstehenden Gründen ist somit von der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze auszugehen[23]).

Eine Unterscheidung wegen Nichtigkeit aus formellen oder materiellen Gründen ist hierbei schlechthin nicht anzuerkennen[24]).

---

[19]) Vgl. eingehend Bötticher in LZ. 1926 Sp. 887 ff.
[20]) Vgl. Anschütz a. a. O. zu Art. 13 Anm. 3 und 1d.
[21]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 844.
[22]) Vgl. Bötticher in LZ. 1926 Sp. 886.
[23]) Vgl. auch Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 271.
[24]) Vgl. ausdrücklich Adamovich a. a. O. S. 40; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 581; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 238, 242; Nawiasky a. a. O. S. 371 ff.; ders. in DJZ. 1923 Sp. 41; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 44; and. A. Giese, RV. zu Art. 70 Anm. 2; Jeschke in JW. 1922 S. 82; Preuß in Prot. d. VerfA. S. 483 f.

b) Die Zuständigkeit des Richters.

Alle Rechtsauslegung ist nach deutscher Auffassung die besondere Aufgabe der Gerichte. Dadurch, daß die gesetzgebende Gewalt mit der Rechtsetzung betraut ist, wird die Zuständigkeit der Gerichte, Recht zu finden, auszulegen und anzuwenden, nicht beeinträchtigt. Die besondere Stellung der Gerichte findet ihre rechtliche Grundlage in Art. 102 RV.:

„Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen."

Mit der inhaltlichen Übernahme des schon in § 1 GVG. zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit in die Reichsverfassung wird dieser dem Schutz und der Gewährleistung der Verfassung unterstellt. Damit ist dieser Grundsatz zu einer allen anderen Vorschriften der Weimarer Verfassung gleichwertigen Rechtsquelle erklärt. Denn „jede Bestimmung der Verfassung muß im Zusammenhang aufgefaßt werden; sie kann nicht isoliert verstanden werden. Verschiedene Artikel, die an verschiedenen Stellen stehen, greifen notwendig ineinander"[1]).

Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, welcher in der Fassung des Art. 102 RV. über den der Gewaltenteilung, auf dem das Reich aufgebaut ist, hinausreicht, bedeutet eine Auszeichnung des Richters in zweifacher Hinsicht: die Unabhängigkeit von allen politischen Einflüssen des Staatslebens, namentlich der Regierungsstellen, und die ausschließliche Bindung an das Gesetz. Aus der unmittelbaren Anerkennung der ausschließlichen Gesetzesunterworfenheit des Richters durch den Verfassunggeber selbst folgt die Pflicht des Richters, nur die Gesetze anzuwenden. Was ein „Gesetz" ist, bestimmt sich allein aus der Verfassung. Gesetz ist aber im Sinne der Verfassung nur das verfassungsmäßige, in der Form und sachlich einwandfreie Gesetz. Steht der im Reichsgesetzblatt als Gesetz kundgemachte Akt der Gesetzgebung aus formellen oder materiellen Gründen mit der Verfassung im Widerspruch, so ist ein solcher Tatbestand in Wirklichkeit kein Gesetz. Er ist, wie dargetan, ein Scheingesetz, ein rechtlich irrelevanter, nichtiger Akt. Der Richter soll aber nach Art. 102 RV. nur dem Gesetz unterworfen sein. Daraus ergibt sich notwendig die Pflicht des Richters, in dem zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit in Zweifelsfällen von Amts wegen festzustellen, ob der äußerlich als Gesetz erscheinende Tatbestand auch wirklich ein Gesetz im Sinne des geltenden Rechts ist. Kraft der

[1]) Vgl. Preuß in Prot. d. VerfA. S. 262.

erklärten Unabhängigkeit entscheidet der Richter die streitige Frage nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen[2]).

Gegenüber dieser Beweisführung, die in ähnlicher Weise schon im alten Staatsrecht für die richterliche Prüfungszuständigkeit geltend gemacht worden ist, ist seit jeher der Vorwurf der petitio principii erhoben worden[3]). Denn mit der Aufstellung des Satzes, daß der Richter nur objektiv rechtsgültige Gesetze anzuwenden habe, sei die zur Untersuchung stehende Frage, daß nämlich gerade der Richter die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze festzustellen habe, bereits als gegeben anzusehen[4]). Dieser Vorwurf entbehrt jedoch der Rechtfertigung, wenn die Frage nach der Prüfungszuständigkeit des Richters als nachgeordnet erkannt ist. Ist aber von der Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze auszugehen, so ergibt sich für den nach Art. 102 RV. nur dem Gesetz unterworfenen Richter die Pflicht, die Gesetze auf ihre Rechtsgültigkeit zu prüfen und dem als nichtig erkannten Akt der Gesetzgebung die Anwendung zu versagen[5]).

Weiterhin ist zur Ablehnung der richterlichen Prüfungszuständigkeit wiederholt dargetan worden, daß die einseitige Abstellung der Streitfrage auf die Prüfungszuständigkeit des Richters nur ein Teilproblem bedeute. Die Frage sei mit einer richterlichen Prüfung nicht erschöpft. Wenn es richtig sei, daß das verfassungswidrige Reichsgesetz in Wahrheit kein Gesetz, sondern ein rechtlich irrelevanter, nichtiger Akt der Gesetzgebung sei, dann gehe die Frage dahin, ob jeder Beamte bei seiner Amtstätigkeit, also nicht nur der Richter, ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen und im Falle der Verfassungswidrigkeit diesem die Anwendung verweigern müsse. Seien aber Behörden und Beamte nicht an das verfassungswidrige Gesetz gebunden, so seien auch alle Staatsbürger, die dem Gesetz unterstehen und ihre Handlungen und Unterlassungen dem geltenden Recht anzupassen haben, ohne Ausnahme berechtigt wie berufen, die Gesetze auf ihre Rechtsverbindlichkeit zu untersuchen, um die Folgen einer

---

[2]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 43 ff.; Bendix in JW. 1924 S. 528; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 581; Görres in JW. 1924 S. 1566; Gierke a. a. O. S. 135; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 242; Hubrich a. a. O. S. 150 f.; Jeschke in JW. 1922 S. 82; Nawiasky a. a. O. S. 373; ders. in DJZ. 1923 Sp. 41; Poetzsch a. a. O. zu Art. 102 Anm. 3; Preuß in Prot. d. VerfA. S. 483; Stier-Somlo, Staatsrecht S. 711, 678; ders. auf dem 5. Pr. Richtertag, Verh. S. 38 f.; ders. im ArchöffR. N. F. Bd. 3 S. 106; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; RGZ. Bd. 111 S. 322; RVersGer. in JW. 1925 S. 90.

[3]) Vgl. Laband a. a. O. S. 45.

[4]) Vgl. Schack a. a. O. S. 100, 125; ders. in GruchBeitr. Bd. 66 S. 82; Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 271 f.

[5]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 45 f.

etwaigen Gesetzesverletzung von sich abzuwälzen. Da aber die Frage auf die richterliche Prüfungszuständigkeit abgestellt sei, werde aus Art. 102 RV. zuviel bewiesen, mithin nichts[6]). Nach Kahl liegen in dem Problem zwei Fragen: „Das behördliche Prüfungsrecht hinsichtlich des verfassungsmäßigen Zustandekommens eines Gesetzes und das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich des verfassungsmäßigen Inhaltes eines Gesetzes."[7]) Mehr und feinere Unterscheidungen erübrigen sich.

Die vorstehenden Bedenken gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit enthalten eine erhebliche Übersteigerung des Umfangs der Streitfrage, die zudem nicht bedenkenfrei ist. Zwar ist grundsätzlich jedermann berechtigt, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und einem verfassungswidrigen Gesetze die Anerkennung zu versagen. Es ist aber eine andere Frage, ob auch alle Staatsbürger und alle Staatsorgane in die gleiche Möglichkeit versetzt sind, von dem ihnen objektiv zustehenden Recht tatsächlichen Gebrauch zu machen[8]).

Für den einzelnen Staatsbürger wird schon durch die Verkündung des vom Reichspräsidenten ausgefertigten Gesetzes im Reichsgesetzblatt eine ausreichende Vermutung für dessen Verfassungsmäßigkeit begründet. Dient auch die Kundmachung des Gesetzes zuvörderst Bekanntmachungszwecken, so darf der Reichspräsident doch nur solche Gesetze veröffentlichen, deren verfassungsmäßiges Zustandekommen er gelegentlich der Ausfertigung unter der verantwortlichen Gegenzeichnung des Reichskanzlers oder zuständigen Fachministers beurkundet hat. Sowohl die Ausfertigung wie die Verkündung sind überdies Akte der vollziehenden Gewalt, die sich ebenso an die Allgemeinheit richten wie etwa die von den gleichen Stellen ausgehenden Verordnungen. Es ist jedoch nicht einzusehen, welcher Unterschied zwischen einem Rechtsirrtum des Reichspräsidenten und des gegenzeichnenden Ministers über die Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes und einer von den gleichen Organen gesetzten verfassungswidrigen Verordnung bestehen soll, da es sich in beiden Fällen um eine verfassungswidrige Rechtsnorm handelt. Für Verordnungen wird andererseits die richterliche Prüfungszuständigkeit nicht bestritten, ohne daß dagegen ähnliche Einwendungen erhoben würden, wie es bei Gesetzen der Fall ist[9]).

Hiermit soll dem Staatsbürger in keiner Weise das ihm objektiv zustehende Prüfungsrecht der Verfassungswidrigkeit von Reichsgesetzen

---

[6]) Vgl. Laband a. a. O. S. 45; Meyer-Anschütz a. a. O. S. 740; auch Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 84; Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 267.

[7]) Vgl. Kahl in Prot. d. VerfA. S. 484.

[8]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 42 f.

[9]) Vgl. Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45.

in Abrede gestellt werden. Immerhin erscheint die Berechtigung und Befähigung des einzelnen Staatsbürgers, sein Verhalten dem Ergebnis seiner Prüfung anzupassen und der Erkenntnis Geltung zu verschaffen, zweifelhaft. Denn in einem geordneten Staatswesen ist es nicht die Aufgabe des einzelnen, sich selbst Recht zu schaffen, sondern dazu bedarf es der Tätigkeit der berufenen staatlichen Behörden. Bei deren Entscheidung im konkreten Streitfall gilt aber nicht die persönliche Ansicht des einzelnen Bürgers als ausschlaggebend. Maßgebend ist vielmehr gerade die Stellungnahme der entscheidenden Behörde. Die tatsächliche Ausübung des objektiv gewährten Prüfungsrechtes geschieht somit auf eigene Gefahr. Damit entfällt jedoch das eigentliche staatsbürgerliche Prüfungsrecht, da dieses sich letzten Endes wieder auflöst in der Frage der Prüfungszuständigkeit der Gerichte und der Verwaltungsbehörden[10]).

Andererseits wäre es unbillig, den Staatsbürger in strafrechtliche Verantwortung zu ziehen, wenn er sein Verhalten dem vermeintlich verfassungsmäßigen Gesetz angepaßt hat. Laband (a. a. O.) verweist zu Unrecht darauf, daß auch in diesem Zusammenhange die Unkenntnis des Gesetzes schade. Denn dem nach dem vermeintlichen Gesetz handelnden Staatsbürger ermangelt das zu jeder strafbaren Handlung objektiv erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Zudem würden durch die an die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit anknüpfenden Folgerungen die staatsbürgerlichen Pflichten unerträglich und über das Vermögen des einzelnen hinaus gesteigert. Die eigentliche Streitfrage würde zum Zerrbild.

Die Frage nach der Prüfungszuständigkeit der Verwaltungsbeamten gehört vollends dem Beamtenrecht an[11]). Wegen der Bedeutung des geltend gemachten Bedenkens für die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit erscheint jedoch ein näheres Eingehen geboten. Hierbei ist vorweg festzustellen, daß zwischen der Zuständigkeit der Verwaltungsbeamten zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes und der der richterlichen Beamten ein bedeutender Unterschied besteht. Während nämlich der Verwaltungsbeamte innerhalb seines Amtsbereiches nicht nur den gesetzlichen Bestimmungen, sondern grundsätzlich auch den Weisungen und Vorschriften der ihm übergeordneten Dienststellen unterworfen ist, ermangelt diesem die Gewähr der Unabhängigkeit, durch welche gerade der Richter ausgezeichnet ist.

Ein zweckmäßiges Verwaltungswesen ist durch einheitliche Grundsätze bedingt, welche auf einer einheitlichen Politik aufgebaut sind.

[10]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 56 f.; Morstein-Marx a. a. O. S. 23; Schack a. a. O. S. 19.

[11]) Vgl. Stier-Somlo, Staatsrecht S. 679.

Die geordnete Durchführung dieser Grundsätze ist notwendig von einer geschlossenen Leitung mit einheitlichem Willen abhängig. Die Einheitlichkeit kann aber nur gewahrt bleiben, wenn die tatsächliche Durchführung der von den obersten Staatsorganen zum Ausdruck gebrachten Willensakte gesichert ist. Diese Grundbedingung wird gewährleistet durch die Gehorsamspflicht der Verwaltungsbeamten einerseits, welcher andererseits die Ministerverantwortlichkeit entspricht. Wäre den nachgeordneten Verwaltungsbeamten die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungakte der vorgesetzten Dienststellen überlassen, so würde das zu einer Umkehrung des gesamten Verwaltungswesens führen. Allerdings bleibt in beschränktem Umfang zwischen Prüfungsrecht und Prüfungspflicht zu unterscheiden. Objektiv ist auch das Prüfungsrecht der Verwaltungsbeamten zu bejahen. Wird aber auf Grund der Prüfung der Gehorsam verweigert, so geschieht dieses auf eigene Gefahr des handelnden Beamten. Eine Prüfungspflicht besteht nur darüber, ob die dienstliche Anordnung mit dem Strafgesetz in Einklang zu bringen ist. Über diesen Rahmen hinaus ist eine beamtenmäßige Prüfungszuständigkeit nicht anzuerkennen. Für die Rechtmäßigkeit der ergangenen Anordnung bleibt an erster Stelle der zuständige gegenzeichnende Minister verantwortlich.

Wird nun die allgemeine Stellung der Verwaltungsbeamten auf ihr Verhältnis zu dem im Reichsgesetzblatt ordnungsmäßig kundgemachten Gesetz in Untersuchung gezogen, so ergibt sich das Bild, daß sich die Ausfertigung des Gesetzes durch den Reichspräsidenten unter der politischen Verantwortlichkeit des Reichskanzlers oder des zuständigen Fachministers vollzieht. Wie aber die Ausfertigung die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes durch das höchste Verwaltungsorgan enthält, so umfaßt die Veröffentlichung zugleich die Anordnung an die Verwaltungsbehörden, das als verfassungsmäßig kundgemachte Gesetz zur Grundlage aller späteren Staatstätigkeit zu machen. Daraus folgt notwendig die Pflicht der Verwaltungsbeamten, jede im Reichsgesetzblatt als Gesetz bekanntgemachte Anordnung des Reichspräsidenten als bindendes Gesetz anzusehen und zu behandeln[12]). Mit diesem Ergebnis entfallen zugleich die rechtlichen Bedenken, die gegen die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung geltend gemacht worden sind.

c) Die Beweisführung aus Art. 178 Abs. 2 RV.

Von den weiter für die richterliche Prüfungszuständigkeit angeführten Rechtsgründen verdient noch die an Art. 178 Abs. 2 RV. an-

[12]) Vgl. Adamovich S. 48ff.; Düringer in Prot. d. VerfA. S. 485; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; ferner RFH. Bd. 7 S. 99.

schließende Beweisführung hervorgehoben zu werden. Während durch Art. 178 Abs. 1 RV. die Verfassung vom 16. April 1871 für aufgehoben erklärt wird, bestimmt Abs. 2:

„Die übrigen Gesetze und Verordnungen des Reichs bleiben in Kraft, soweit ihnen diese Verfassung nicht entgegensteht..."

Aus dieser Vorschrift wird der Gegenschluß gewonnen, „daß auch keine Gesetze und Verordnungen im Reich gegen die Verfassung in Kraft treten können, wenn ausdrücklich in ihr gesagt wird, daß sie nur in Kraft bleiben, soweit ihnen diese Verfassung nicht entgegensteht"[1]).

Die aus Art. 178 Abs. 2 RV. geschöpfte Beweisführung wirkt m. E. nicht unbedingt überzeugend. Sie weist ebenso die Mängel zeitlicher Begrenzung auf, wie sie alle Bedenken eines Gegenschlusses enthält. Art. 178 RV. gehört einerseits zu den sog. „Übergangs- und Schlußbestimmungen" der Reichsverfassung. Ist hierdurch schon die zeitlich beschränkte Bedeutung dieser Vorschrift genügend gekennzeichnet, so erscheint diese gerade wegen ihrer Eigenart, eine Übergangsbestimmung zu sein, weniger geeignet, eine Frage wie die richterliche Prüfungszuständigkeit dauernd zu beantworten. Andererseits ist die dargelegte Beweisführung zweischneidig, indem sie ebensowohl zu einem anderen Gegenschluß verleiten könnte, nämlich die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung zu versagen, insoweit sie Gesetze betrifft, die erst auf Grund der neuen Verfassung in Kraft treten. Es kommt hinzu, daß sie nichts enthält, wodurch gerade die Zuständigkeit des Richters gerechtfertigt würde. Es müßte also in jedem Fall hilfsweise auf die an Art. 102 RV. anknüpfende Lehre zurückgegriffen werden. Ähnlichen Bedenken unterliegt auch die von Grau unter Hinweis auf Art. 128 Abs. 2 RV. vertretene Ansicht[2]). Versagen somit Art. 178 Abs. 2, Art. 128 Abs. 2 RV. auch zur ausschließlichen Begründung der richterlichen Prüfungszuständigkeit, so stehen andererseits diese Bestimmungen der aus Art. 102 RV. gewonnenen Erkenntnis nicht im Wege. Vielmehr dürfen sie als eine willkommene Ergänzung und Bestätigung unseres Ergebnisses gelten.

III. Staatspolitische Erörterungen.

Mit der rechtlichen Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit ist die Streitfrage rechtlich entschieden. Zweckmäßigkeitserwägungen vermögen das Ergebnis nicht in Frage zu stellen, da diese für

[1]) Vgl. Bendix in JW. 1924 S. 528; Görres in JW. 1924 S. 1566; Hensel im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 231; RVersGer. in JW. 1925 S. 90.
[2]) Vgl. Grau im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 246.

die Rechtsfrage der Zulässigkeit der Prüfung ohne Bedeutung sind. Ein staatspolitisch unbefriedigendes Ergebnis kann rechtspolitisch eine entsprechende Änderung des geltenden Rechts als wünschenswert erscheinen lassen. Die aus der geltenden Rechtsordnung gewonnene Erkenntnis selbst bleibt aber hierdurch unberührt. Wegen der Bedeutung der staatspolitischen Zweifelsfragen im Schrifttum wie auch vor allem in praktischer Hinsicht erscheint es immerhin nicht angängig, in einer grundsätzlichen Untersuchung auf ihre Erörterung zu verzichten.

Schon im alten Staatsrecht ist gegen die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung auf die bedenklichen Wirkungen hingewiesen worden, welche sich aus einer Verschiedenheit des Prüfungsergebnisses verschiedener Gerichte ergäben. In jeder anhängigen Rechtssache müsse von Fall zu Fall eine besondere Prüfung stattfinden. Eine allgemein bindende Feststellung seitens des erstmalig prüfenden Gerichtes könne nicht erfolgen, da das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit des anzuwendenden Gesetzes in den Entscheidungsgründen befinde, welche aber nicht in Rechtskraft erwüchsen. Auf diese Weise ergebe sich — abgesehen von dem Nachteil wiederholter Prüfung des gleichen Gesetzes [1]) — die Möglichkeit abweichender Feststellung desselben Tatbestandes, wodurch die Rechtssicherheit auf das äußerste gefährdet sei [2]).

Seit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919 bestehe diese Gefahr in erhöhtem Maße. Dies liege „an dem Gesamtcharakter des von den Grundrechten handelnden Teils der Verfassung". Die Grundrechte enthielten nämlich eine beschränkte Anzahl von Rechtssätzen, die vielleicht zu einer richterlichen Nachprüfung geeignet seien. Der größere Teil der Grundrechtsbestimmungen sei jedoch rechtlich nicht zu erfassen, da bald Grundsätze allgemeinster Art in den denkbar verschiedensten Fassungen, bald Gesetzesversprechen, sei es zur Durchführung eines Grundrechts, sei es zum Zweck der Einzelregelung, in der Verfassung Aufnahme gefunden hätten. Die Grundrechte erweckten somit weniger den Eindruck eines Gesetzes, wie es eine Verfassung sei, als vielmehr eines Glaubensbekenntnisses und eines Parteiprogramms. Das sei auch nach den Erklärungen im Verfassungsausschuß die Absicht des Verfassunggebers gewesen. Es sei aber ausgeschlossen, „ein solches Programm zur Grundlage einer richterlichen Nachprüfung zu machen. Die Folge könne nur eine grenzenlose Rechtsunsicherheit sein. Man könne da auch nicht zwischen den einzelnen Artikeln je nach ihrer mehr oder minder scharfen Formulierung unterscheiden.

---

[1]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 40 f.

[2]) Vgl. Anm. 1; ferner Külz in DJZ. 1926 Sp. 841; Laband a. a. O. S. 45; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 14; Simonson im Recht 1924 Sp. 110; Wittmayer a. a. O. S. 466.

Jeder Versuch in dieser Richtung würde alsbald eine Menge von Zweifeln emporschießen lassen und so den festen Rechtsboden untergraben“ [3]). Im übrigen werde mit der Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit die richterliche Gewalt mit einer Aufgabe betraut, die ihre Kraft im allgemeinen voraussichtlich übersteigen werde [4]). Überdies werde damit der Richter über das Gesetz gestellt und als merkwürdigste Folge ergebe sich, „daß der Richter die Legitimität der Gewalten selbst zu prüfen habe“ [5]).

Die weiteren Bedenken gegen die richterliche Nachprüfung sind mehr durch politische Rücksichten der jüngsten Vergangenheit bestimmt. Das Deutsche Reich habe schwerste Erschütterungen erlebt, außenpolitisch durch die Folgen des verlorenen Krieges, innerpolitisch durch die schroffen sozialen Gegensätze, die noch durch die unglücklichen Parteiverhältnisse verschärft seien. Nach allen Wirren ringe das Reich um Anerkennung und Festigung. Die geschwächte Staatsgewalt werde aber nicht nur geteilt, sondern geradezu gespalten, wenn den Akten der gesetzgebenden Gewalt von den deutschen Gerichten die Anwendung versagt bleibe. Angesichts der innerpolitischen Spannungen sei es oft schwer genug, selbst ein lebensnotwendiges verfassungsänderndes Gesetz mit der erforderlichen Mehrheit durchzubringen. Durch die richterliche Nachprüfung werde schließlich selbst ein solches Gesetz erneut in Frage gestellt. Andererseits ergebe sich für das Staatsleben daraus eine neue Quelle politischer Kämpfe und Krisen, die um so unerquicklicher seien, als durch einen Streit um die Zuständigkeitsgrenze zwischen der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt die Staatsgewalten unmittelbar berührt würden. Darunter leide aber an erster Stelle das Ansehen der Verfassung, deren Schutz gerade die richterliche Prüfung bezwecke. Den schwersten Schaden in diesem Streit werde letzten Endes die Rechtsprechung nehmen, zumal diese sich nicht eines so unerschütterlichen Vertrauens erfreue, wie es dem Staatsinteresse dienlich sei. Vielmehr würden breite Volksschichten leicht geneigt sein, aus solchen Entscheidungen einen politischen Unterton herauszuhören, „als politische Gegenreaktionen gegen politische Aktionen, als eine Verkleidung des Willens der überstimmten Minderheit in die Form Rechtens“. Genieße auch der Reichstag nicht ungeteilte Achtung, so bleibe es doch zweifelhaft, für wen das Volk Partei ergreifen werde, den Reichstag oder die

---

[3]) Vgl. Lenel a. a. O. S. 30 ff.; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 14.

[4]) Vgl. Ablaß in Prot. d. VerfA. S. 483; Kahl in Prot. d. VerfA. S. 486; Laband a. a. O. S. 47 f.; Wittmayer a. a. O. S. 467.

[5]) Vgl. Kahl in Prot. d. VerfA. S. 485; Salinger im Recht 1924 Sp. 351 f.

Rechtsprechung[6]). Im übrigen müsse der Gedanke Raum gewinnen, daß im modernen Staate nur der Gesetzgeber herrschen könne und daß das Gesetz begrifflich sein solle der Ausdruck des allgemeinen Staats- und Volkswillens, der alles zu befehlen habe und dem jeder, die Gerichte voran, zu gehorchen hätten"[7]).

Die vorstehenden Bedenken sind vielfach übertrieben. Es heißt der richterlichen Prüfungszuständigkeit zu große Bedeutung beilegen, wenn Seydel für das alte Staatsrecht behauptet, „die Staatsordnung werde geradezu auf den Kopf gestellt"[8]). Ähnliches findet sich neuerdings bei Lenel wieder, soweit er von einer „grenzenlosen Rechtsunsicherheit" spricht[9]). Daß die Rechtsunsicherheit unerträglich wachse, ist nicht zu befürchten. Denn tatsächlich prüfen die Gerichte in ständiger Rechtsprechung Reichsverordnungen und Landesrecht jeder Art auf ihre Reichsrechtmäßigkeit, ohne daß dadurch die Rechtssicherheit in Frage gestellt wird. Selbst Wittmayer verschließt sich nicht diesem offenbaren Widerspruch, der „unleugbar vorhanden sei, seit die inhaltliche Wesensgleichheit von Gesetz und Verordnung schärfer hervortrete"[10]). Um so willkürlicher aber erscheint es, wenn er in der Überprüfung der Verordnungen das Höchstmaß an richterlichen Garantien annimmt, „das in den Grenzen des bestehenden, an die Form gebundenen Rechtes erreichbar sei"[10]). Ebensowenig wie die Verordnungsprüfung wird auch die Überprüfung des älteren Rechts nach dem Grundsatz der lex posterior, die für das vor der Staatsumwälzung gesetzte Recht schon durch Art. 178 Abs. 2 RV. geboten ist, unter ähnlichen Bedenken in Abrede gestellt. Schließlich ist auch nicht einzusehen, inwiefern die gewiß alltägliche Erscheinung, daß ein Gesetz unabhängig von der Frage seiner Verfassungsmäßigkeit durch verschiedene Gerichte eine abweichende Auslegung erfährt, zu einer anderen Bewertung berechtigen soll, als Unstimmigkeiten über die Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes. Soweit die richterliche Prüfung unbestritten ist, haben sich überdies die gefürchteten Mißstände bisher nicht eingestellt[11]).

Die Grundrechte, die nach Lenel wegen ihrer Eigenart zu einer richterlichen Nachprüfung nicht geeignet sind, gestatten auch eine

[6]) Vgl. insbesondere Radbruch in Die Justiz 1925 S. 14 ff.; ferner Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 40; Wittmayer a. a. O. S. 465; Wolgast in DJZ. 1922 Sp. 718 f.

[7]) Vgl. Arndt im Recht 1920 Sp. 109.

[8]) Vgl. Seydel a. a. O. S. 840.

[9]) Vgl. Lenel a. a. O. S. 32.

[10]) Vgl. Wittmayer a. a. O. S. 467 f.

[11]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 58 f.; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 582; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 242; Morstein-Marx a. a. O. S. 108 f.; Nawiasky a. a. O. S. 371; Thoma im ArchöffR. N. F. Bd. 4 S. 275; RVersGer. in JW. 1925 S. 90.

andere Auslegung. Die politischen Zustände des Deutschen Reichs haben sich seit der Revolution grundlegend geändert. Die Reichsverfassung ist inhaltreicher geworden. In den Grundrechten haben die wichtigsten religiösen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Güter des deutschen Volkes ihren gedanklichen Niederschlag gefunden. Alle zukünftige Staatstätigkeit soll durch die Grundrechte bestimmt sein. Es würde aber in keiner Weise dem in der Verfassung bekundeten Willen des deutschen Volkes entsprechen, wenn diese Bestimmungen in Ermangelung des besonderen richterlichen Schutzes dem Gutdünken des Reichstags oder der Reichsregierung überlassen wären. Daß die richterliche Prüfung, wie anerkannt wird, gerade in dieser Hinsicht mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, ändert aber nichts an der unbestreitbaren Tatsache, daß die in den Grundrechten enthaltenen Rechtssätze der gesetzgebenden Gewalt rechtliche Schranken auferlegen, die nur im Wege einer Verfassungsänderung behoben werden können[12]).

Es wird zugestanden, daß auch die Feststellung des verfassungsmäßigen Zustandekommens eines Gesetzes unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten bereiten und zu unverkennbaren Unzuträglichkeiten führen kann. Dadurch sind aber keineswegs Bedenken gegen das Vermögen der deutschen Gerichte gerechtfertigt, zumal die Gefahr, daß der Richter einmal in die Lage versetzt würde, tatsächlich nachzuprüfen, ob ein Gesetz mit der erforderlichen Mehrheit zustandegekommen ist, stark übertrieben ist. Bei Zweifeln über das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen werden überwiegend bereits die amtlichen Feststellungsakte, sei es des Reichstagspräsidenten über das rechtmäßige Zustandekommen der Beschlüsse, sei es des Reichspräsidenten über die Verfassungsmäßigkeit des gesamten Gesetzgebungsverfahrens, eine ausreichende Vermutung begründen. In diesem Sinne spricht vor allem Art. 70 RV., wonach der Reichspräsident nur die verfassungsmäßig zustandegekommenen Gesetze auszufertigen und im Reichsgesetzblatt zu verkünden hat. Kommt diesen Akten auch nicht die rechtliche Bedeutung eines unwiderleglichen Beweises zu[13]), so müßten immerhin schwerwiegende Bedenken gegen die Unrichtigkeit dieser Feststellungsakte behauptet und unter Beweis gestellt werden, ehe sich ein Gericht dazu verstehen könnte, in die Prüfung des rechtsverbindlichen Zustandekommens eines Gesetzes einzutreten[14]).

---

[12]) Vgl. Morstein-Marx a.a.O. S. 7; Thoma im ArchöffR. N.F. Bd. 4 S. 274; Triepel im ArchöffR. Bd. 39 S. 538 Anm. 109a; auch Bendix in JW. 1924 S. 528; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 581.

[13]) And. A. Friedrichs im Recht 1924 Sp. 333; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13.

[14]) Vgl. Nawiasky a.a.O. S. 371 f.; ders. in DJZ. 1923 Sp. 41; ebenso v. Freytagh-Loringhoven a.a.O. S. 240; Hubrich a.a.O. S. 150.

Den Gegnern kann m. E. weiter nicht beigetreten werden, soweit sie behaupten, durch die Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit werde der Richter über den Gesetzgeber gestellt. Die richterliche Prüfung setzt einen anhängigen Rechtsstreit voraus. Nur gelegentlich dieses konkreten Rechsstreites befindet der Richter über die Verfassungsmäßigkeit eines anzuwendenden Gesetzes. Kommt er hierbei zu dem gewiß seltneren Ergebnis, daß das Gesetz verfassungswidrig ist, so hat er diesem die Anwendung zu versagen. Das Fortbestehen des verfassungswidrigen Gesetzes bleibt aber von dieser Entscheidung unberührt. Das gilt um so mehr, als die richterliche Entscheidung nicht in der Hauptsache ergeht, sondern nur bei Gelegenheit der in der Hauptsache eingreifenden Vor- oder Zwischenfrage, welche selbst deren Rechtskraft nicht teilt[15]).

Die unter der Führung Radbruchs weitergehenden politischen Bedenken sind im Grunde anzuerkennen, im Ausmaß übertrieben[16]). Andererseits verlieren sie durch die nicht zu unterschätzenden nachteiligen Folgen, welche die Ablehnung der richterlichen Prüfungszuständigkeit nach sich ziehen würde, notwendig an Bedeutung. Denn die richterliche Prüfung darf in einem demokratischen Staat, der, wie das Deutsche Reich, auf der Grundlage der parlamentarischen Regierungsweise aufgebaut ist, vielleicht als „der wichtigste Schutz der bürgerlichen Freiheit vor einem machthungrigen Parlamente“[17]) angesprochen werden. Ist es auch nicht angängig, die Beantwortung der Streitfrage von der jeweiligen Staatsform abhängig zu machen, weil diese für die reine Rechtsfrage der richterlichen Prüfungszuständigkeit ohne Einfluß ist, so ist doch in staatspolitischer Hinsicht nicht zu leugnen, daß für die Denkungsart in der einen oder anderen Richtung die Staatsform letzten Endes den Ausschlag gibt[18]). Das wird von den Gegnern verkannt[19]).

Mit der Ablehnung der richterlichen Prüfungszuständigkeit würde die richterliche Gewalt in die vorbehaltlose Abhängigkeit der Volksvertretung gebracht. Damit würde das Gleichgewicht der Gewalten, die Grundlage des Rechtsstaates, erschüttert. Die Volksvertretung wäre zum Souverän erhoben, der in selbstherrlicher Unabhängigkeit über die

---

[15]) Vgl. Jeschke in JW. 1922 S. 82; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 239; auch Morstein-Marx a. a. O. S. 96 ff.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 225.

[16]) Vgl. dazu Morstein-Marx a. a. O. S. 100 ff., auch S. 92 ff.

[17]) Vgl. Triepel im ArchÖffR. Bd. 39 S. 537.

[18]) Vgl. Bendix in JW. 1924 S. 527; Bühler in DJZ. 1921 Sp. 581; Fleischmann im Handb. d. Pol. Bd. I S. 227 f.; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 241 f.

[19]) Vgl. Jellinek in DJZ. 1921 Sp. 754; Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 86; Wittmayer a. a. O. S. 468 ff.

Verfassungsmäßigkeit seiner Beschlüsse als einziges Organ entscheiden könnte. Was aber einerseits als Überhebung über die gesetzgebende Gewalt gedeutet wird, soll andererseits im Interesse der angeblichen Gleichordnung der Gewalten gestattet sein. Selbst wenn auch hierdurch die Teilung und Gleichordnung der Gewalten aufrechterhalten bliebe, so wird doch der eigentliche Urgrund der Gewaltenteilung verkannt. Denn „man setzt die unwesentliche Seite der Sache, die Teilung und Gleichordnung der Gewalten, vor die wesentliche, nämlich das zum Schutze der Freiheit vor rechtloser Willkür bestimmte Gleichgewicht der Gewalten“ [20]). Vor allem wären aber die Grundrechte, um deren besondere Sicherung sich das deutsche Volk in der Weimarer Nationalversammlung bemüht hat, ihres verfassungsmäßigen Schutzes beraubt. Diese ernsten Bedenken sollten für die richterliche Prüfungszuständigkeit ausschlaggebend sein, da „die Befreiung des Richters von der vorbehaltlosen Unterwerfung unter das Gesetz das einzige staatsrechtliche Mittel ist, um das Recht gegen den Absolutismus des Parlaments und der Mehrheit sicherzustellen“ [21]).

Damit soll keineswegs der neuen Staatsform unberechtigtes Mißtrauen entgegengebracht werden, wie die Gegner annehmen [22]). Die vorgetragenen Bedenken sind vielmehr im Wesen der Verfassung begründet. Sie vermögen nicht durch den Hinweis entkräftet zu werden, daß bereits der Reichspräsident durch Art. 70 RV. verpflichtet ist, vor der Verkündung der Gesetze die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens einer Nachprüfung zu unterziehen. Denn ein politisches Organ wie der Reichspräsident, der durch die Verfassung in eine begrenzte Abhängigkeit von der Volksvertretung gebracht ist, dürfte nicht derart geeignet sein, über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu befinden, wie der unabhängige, vorzüglich mit der Entscheidung von Rechtsfragen betraute Richter [23]).

Überdies sollte auch nicht ganz übersehen werden, daß die Ablehnung der Prüfung für den Richter den Zwang bedeutet, ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz zur Anwendung zu bringen. Ein solches

---

[20]) Vgl. Triepel a. a. O. S. 93; Morstein-Marx a. a. O. S. 98 f.; auch Preuß in Prot. d. VerfA. S. 483 f.

[21]) Vgl. Goldschmidt in JW. 1924 S. 249; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 243; Mügel in DJZ. 1926 Sp. 13; Müller-Meiningen in DJZ. 1925 Sp. 1533; Triepel im ArchöffR. Bd. 39 S. 537.

[22]) Vgl. Radbruch in Die Justiz 1925 S. 13; Wittmayer a. a. O. S. 468 f.

[23]) Vgl. Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 316; v. Freytagh-Loringhoven a. a. O. S. 239; Görres in JW. 1924 S. 1566; Hubrich a. a. O. S. 150; Morstein-Marx im ArchöffR. N. F. Bd. 6 S. 224; Triepel im ArchöffR. Bd. 39 S. 538.

Verhalten des Richters trotz besserer Erkenntnis wäre mit einer richterlichen Tätigkeit in vollem Sinne nur schlecht vereinbar. Als geltendes Recht könnte dies nur dann anerkannt werden, wenn es durch einen Rechtssatz ausdrücklich angeordnet wäre[24]). Andererseits behebt gerade die richterliche Nachprüfung die Gleichgültigkeit des Gesetzgebers und der Reichsregierung gegenüber den verfassungsmäßigen Schranken. Die dauernde Durchsetzung der Rechtsordnung mit verfassungswidrigen Gesetzen wird hintangehalten. Das geltende Recht gewinnt an Sicherheit und die verfassungsmäßige Ausübung aller staatlichen Aufgaben wird in höherem Maße gewährleistet[25]). Daß der Richter seine Befugnisse überschreiten und mit Hilfe der Prüfungszuständigkeit das politische Leben gefährden wird, steht angesichts der hohen Eigenschaften des deutschen Richterstandes nicht zu befürchten. Im übrigen wäre auch die Gesetzgebung jederzeit in der Lage, gegenüber Auswüchsen der richterlichen Prüfungszuständigkeit Abhilfe zu schaffen. Der Ausgang des wissenschaftlichen Streites wirkt sich praktisch letzten Endes in der Stellungnahme aus, welche die deutschen Gerichte, vor allem aber das Reichsgericht, der Reichsfinanzhof und die anderen höchsten Reichsgerichte zu der Frage der richterlichen Zuständigkeit einnehmen werden[26]). Hierbei darf den Gerichten wohl das Vertrauen entgegengebracht werden, daß sie unbeeinflußt von politischen Strömungen allein ihrer Rechtsüberzeugung folgen, das Recht finden und nur dem Recht zur Anerkennung verhelfen werden.

IV. Die Rechtsprechung.

Wie seit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919 die wissenschaftliche Lehre sich in zunehmendem Maße für die richterliche Prüfungszuständigkeit ausgesprochen hat, so läßt auch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe in neuerer Zeit mehr als früher die Neigung erkennen, die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen gleichfalls in bejahendem Sinne zu beantworten. Zwar war es unzutreffend, wenn Senatspräsident Dr. Lobe auf dem 33. Deutschen Juristentage erklärt

---

[24]) Vgl. Bühler in DJZ. 1921 Sp. 580, 582 f.; Görres in JW. 1924 S. 1566; Katzenstein in Prot. d. VerfA. S. 486; Preuß ebenda S. 484; Triepel im ArchÖffR. Bd. 39 S. 538.

[25]) Vgl. Adamovich a. a. O. S. 85; Külz in DJZ. 1926 Sp. 841; Morstein-Marx a. a. O. S. 156 f.; Waldecker in JW. 1921 S. 588; Wassertrüdinger in JW. 1925 S. 45; Wolgast in DJZ. 1924 Sp. 386.

[26]) Vgl. Görres in JW. 1924 S. 1566; Morstein-Marx a. a. O. S. 13 f.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 225; Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 284.

hat, „das Reichsgericht prüfe in ständiger Rechtsprechung die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze nach“[1]). Ebenso eilte die Feststellung des Reichsgerichtspräsidenten Dr. Simons, welcher anläßlich des Jahresfestes des Reichsgerichts am 1. Oktober 1924 in einer Ansprache es „als eines der wichtigsten Ergebnisse der vom Reichsgericht im vergangenen Jahr ausgeübten Urteilstätigkeit“ bezeichnet, „daß das Plenum der Zivilsenate am 22. Februar 1924 dem deutschen Richter das Recht der Prüfung aller Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit vindiziert habe“[2]), den Tatsachen voraus. Denn der erwähnte Beschluß der Vereinigten Zivilsenate vom 22. Februar 1924 betrifft nur die Frage der Rechtsgültigkeit der Abgeltungserweiterungsverordnung[3]). Infolgedessen enthält auch die in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Begründung des Beschlusses nichts für die gerade streitige Frage der richterlichen Prüfung eines Reichsgesetzes auf die Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung. Daß aber Verordnungen der richterlichen Nachprüfung unterliegen, ist bereits in der älteren Rechtsprechung anerkannten Rechts gewesen[4]). Da also die nach der Mitteilung von Lobe und Simons in der Beratung vertretene Auffassung, dem Richter auch gegenüber Gesetzen die Prüfung einzuräumen, in dem Beschluß selbst nicht zum Ausdruck gebracht worden ist, kommt der innerhalb des Reichsgerichts vertretenen Ansicht auch nicht die Bedeutung einer höchstrichterlichen Entscheidung zu[5]), wenngleich diese Stellungnahme wegweisend für die spätere Rechtsprechung sein wird.

Hiermit ist die Übersicht über die Tätigkeit der Rechtsprechung seit der Revolution keineswegs erschöpft. Um einen vollständigen Einblick in die Übung der Gerichte zu gewinnen, erscheint die Mitteilung geboten, daß die richterliche Nachprüfung auch neuerdings für Verordnungen ausdrücklich[6]) und tatsächlich[7]) anerkannt worden ist. Ebensowenig Bedenken sind der Nachprüfung von Landesrecht auf Reichsrechtmäßigkeit begegnet[8]). Die Überprüfung des älteren Rechts auf seine Reichsverfassungsmäßigkeit ist schon durch Art. 178 Abs. 2

---

[1]) Vgl. Jellinek im ArchöffR. N. F. Bd. 7 S. 352.
[2]) Vgl. Simons in DRichterZ. 1924 Sp. 424.
[3]) Vgl. RGZ. Bd. 107 S. 320 ff.
[4]) Vgl. RGZ. Bd. 24 S. 3, Bd. 45 S. 270, Bd. 48 S. 84 u. a. m.
[5]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 39; Thoma in DJZ. 1925 Sp. 573.
[6]) Vgl. u. a. RGSt. Bd. 56 S. 181; OLG. Hamburg in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. 1924 S. 637; LG. I Berlin in JW. 1924 S. 332.
[7]) Vgl. u. a. RGZ. Bd. 107 S. 370 ff., Bd. 109 S. 216 ff.; RGSt. Bd. 56 S. 412 ff., 419 ff.
[8]) Vgl. u. a. RGZ. Bd. 102 S. 145 ff., 392 ff., Bd. 103 S. 200 ff., Bd. 104 S. 58 ff., Bd. 106 S. 34 ff, 154 ff.; RGSt. Bd. 56 S. 177 ff.

RV. geboten, so daß darüber keine Zweifel aufkommen können[9]). Bedeuten auch alle diese Entscheidungen, welche zum Teil schon früher anerkannte Fragen betreffen, noch kein untrügliches Zeichen auf dem Wege zur Bejahung der richterlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, so weisen sie dennoch bereits in erheblichem Maße die Richtung, in welcher die Rechtsprechung sich bewegt. Andere Erkenntnisse geben das noch deutlicher zu verstehen.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 28. April 1921 den Satz aufgestellt: „Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Gerichte für befugt erklärt, die formelle wie die materielle Gültigkeit von Gesetzen und Verordnungen nachzuprüfen, soweit die Nachprüfung nicht durch Gesetz ausgeschlossen ist (RGZ. 9,235; 24,3; 25,274; 45,270; 48,84; 48,205; 77,231)."[10]) Das Urteil hat in zweifacher Hinsicht zu Widerspruch Anlaß gegeben. Während einerseits bemängelt worden ist, daß die Fallentscheidung vorliegend die Rechtsgültigkeit der Bremer Verordnung vom 14. Februar 1919 auf Grund des § 9 der Bundesratsverordnung vom 23. November 1918 betreffe, ist andererseits der beispielmäßige Bericht über die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zweifel gezogen worden. Jellinek u. a. m. haben zutreffend die irrtümliche Auffassung des Reichsgerichts nachgewiesen[11]). Wegen der erwähnten Entscheidungen im 9., 24. und 77. Band kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden. Die anderen Beispiele sind ebensowenig beweiskräftig. Während die Entscheidung RGZ. Bd. 25 S. 274 überhaupt belanglos ist, prüft das Reichsgericht im Fall RGZ. Bd. 45 S. 270 die Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung, in RGZ. Bd. 48 S. 84 eine Bundesratsverordnung und in RGZ. Bd. 48 S. 205 wird über die Vereinbarkeit von Landes- mit Reichsrecht entschieden. Unter ausdrücklichem Hinweis auf dieses Urteil übernimmt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 8. Dezember 1923 die irrtümliche Auffassung mit den Worten: „Es ist zwar anerkannten Rechts, daß die Gerichte grundsätzlich befugt sind, die formelle wie die materielle Rechtmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen nachzuprüfen."[12]) Abgesehen von der bedauerlichen Quellenangabe verliert auch diese Entscheidung wiederum an Bedeutung dadurch, daß das Reichsgericht in der Hauptsache über die Rechtsgültigkeit der Reichs-

[9]) Vgl. RGZ. Bd. 102 S. 166 ff.; RGSt. Bd. 56 S. 318 f.

[10]) Vgl. RGZ. Bd. 102 S. 161, 164; ebenso die Vorinstanz OLG. Hamburg in JW. 1924 S. 52.

[11]) Vgl. Jellinek in JW. 1924 S. 52; ders. in JW. 1925 S. 454 f.; Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 156 f.; Thoma in DJZ. 1925 Sp. 753; Simonson im Recht 1924 Sp. 109 f.; dagegen Morstein-Marx a. a. O. S. 69 Anm. 76.

[12]) Vgl. RGZ. Bd. 107 S. 377, 379.

verordnung vom 4. Mai 1920 betr. Vergütung für die an Abdeckereien abzuliefernden Tiere usw. befindet. In gleicher Weise hat der II. Senat des preußischen Oberverwaltungsgerichts am 24. Februar 1925 gelegentlich einer Prüfung über die Rechtsbeständigkeit der von der Reichsregierung ausgehenden Personalabbauverordnung vom 27. Oktober 1923 unter Aufgabe der Entscheidung des VIII. Senates vom 25. Oktober 1912 (Bd. 63 S. 169 f.) und unter ausdrücklicher Ablehnung der von Anschütz vertretenen Lehre über die richterliche Prüfungszuständigkeit den Satz aufgestellt: „Dem richterlichen Prüfungsrecht und damit der Prüfungspflicht sind keine Schranken gesetzt." [13])

Trotz der nahezu einhelligen [14]) Stellungnahme für die Zulässigkeit einer uneingeschränkten richterlichen Prüfung, die in allen Erkenntnissen zum Ausdruck kommt, darf die praktische Bedeutung dieser Urteile nicht überschätzt werden. Denn in allen der Entscheidung unterliegenden Fällen handelt es sich um die Rechtsgültigkeit von Verordnungen. Nur bei dieser Gelegenheit kommt es zu einem Ausspruch über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen, der jedoch ohne Beziehung zum Fall bleibt. „Der eigentümliche Wirklichkeitswert, der eine gerichtliche Entscheidung vor einer theoretischen Erörterung auszeichnet", kommt aber nach Jellinek „nur solchen Gedankengängen zu, auf die sich eine Fallentscheidung aufbaut; nur hinter ihnen steht die ganze Wucht richterlicher Verantwortung, nur sie sind viva vox iuris" [15]). Immerhin sind schon diese Entscheidungen theoretisch als eine bewußte und gewollte Abkehr von der Rechtsprechung der älteren Zeit zu werten [16]).

Als Folgeerscheinung dieser seit der Revolution verfolgbaren theoretischen Stellungnahme bringt endlich das Urteil des Reichsgerichts vom 4. November 1925 die tatsächliche und rechtliche Entscheidung über die Streitfrage im Sinne einer uneingeschränkten Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit. In tatsächlicher Hinsicht tritt nämlich das Reichsgericht in die Prüfung der sachlichen Verfassungsmäßigkeit des Hypotheken-Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 ein. Bei dieser

---

[13]) Vgl. Pr. OVG. in PrVerwBl. 1925 S. 559; ferner OLG. Dresden in JW. 1924 S. 192.

[14]) Vgl. dagegen RGZ. Bd. 107 S. 317; RG. im Recht 1925 S. 70/71.

[15]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 39.

[16]) Vgl. insbesondere Morstein-Marx a. a. O. S. 69 Anm. 76 u. 77; Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 3; Bendix in JW. 1924 S. 528; Breiholdt im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 322; v. Hippel im ArchÖffR. N. F. Bd. 10 S. 132 Anm. 23; Klee in DRichterZ. 1924 Sp. 157; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 14; Salinger im Recht 1924 Sp. 357; Waldecker in JW. 1921 S. 587 Anm. zu 1; unzutreffend Görres in JW. 1924 S. 1566; Stier-Somlo, Staatsrecht S. 711.

Gelegenheit mußte es notwendig über die Frage befinden, „ob und inwieweit die Gerichte überhaupt berechtigt und verpflichtet sind, die Rechtsgültigkeit eines an sich ordnungsmäßig verkündeten Reichsgesetzes nachzuprüfen". Bei dieser grundsätzlichen Entscheidung ist besonders anerkennenswert, daß das Reichsgericht von einem Hinweis auf seine frühere umstrittene Rechtsprechung Abstand genommen hat und in freier, rechtlicher Würdigung dem Problem näher getreten ist. Wegen der unabweisbar praktischen Bedeutung dieses Urteils erscheint es geboten, einiges aus den Rechtsgründen mitzuteilen. Dort heißt es:

„Die Reichsverfassung hat im Art. 102 den im § 1 GVG. aufgestellten Grundsatz aufgenommen, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen seien. Diese letztere Bestimmung schließt nicht aus, daß einem Reichsgesetz oder einzelnen seiner Bestimmungen vom Richter die Gültigkeit insoweit aberkannt werden kann, als sie mit anderen, vom Richter zu beachtenden Vorschriften, die ihnen vorgehen, in Widerspruch stehen. Das ist der Fall, wenn ein Gesetz einem in der Reichsverfassung aufgestellten Rechtssatz widerspricht und bei seinem Erlaß die durch Art. 76 RV. für eine Verfassungsänderung vorgeschriebenen Erfordernisse nicht vorgelegen haben. Denn die Vorschriften der Reichsverfassung können nur durch ein ordnungsgemäß zustande gekommenes verfassungsänderndes Gesetz außer Kraft gesetzt werden. Sie bleiben daher auch gegenüber abweichenden Bestimmungen eines späteren, ohne Beobachtung der Erfordernisse des Art. 76 erlassenen Reichsgesetzes für den Richter verbindlich und nötigen ihn, die widersprechenden Bestimmungen des späteren Gesetzes außer Anwendung zu lassen. Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschrift enthält, nach der die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden."[17])

Mit diesem Urteil ist die Frage zugunsten der richterlichen Prüfungszuständigkeit entschieden. Im übrigen schließt sich das Bayerische Oberste Landesgericht in dem Urteil vom 26. März 1926 der reichsgerichtlichen Entscheidung an[18]). Es sei aber auch an dieser Stelle der Hinweis gestattet, daß die Ausführungen des Reichsgerichts die hier vertretene Ansicht in den Gründen ebenso wie in dem Ergebnis als richtig bestätigen.

---

[17]) Vgl. RGZ. Bd. 111 S. 320, 322 f. = JW. 1926 S. 142 = LZ. 1925 Sp. 1265.

[18]) Vgl. Bayer. ObLG. in DJZ. 1926 Sp. 903.

In ebendemselben Sinne haben sich der Reichsfinanzhof und das Reichsversorgungsgericht für die Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit ausgesprochen[19]). Für das Sonderrecht der Deutschen Reichsbahngesellschaft wäre noch ein Urteil des Reichsbahngerichts[20]), für das Landesrecht ein Erkenntnis des Obergerichts Danzig zu nennen[21]). Beide Gerichte haben sich gleichfalls zu der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung bekannt.

Bei den erstgenannten Gerichten steht die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zur Entscheidung. Während aber der Reichsfinanzhof die Rechtsgültigkeit des Gesetzes über eine Kriegsabgabe vom Vermögenszuwachs 1919 und der Reichsabgabenordnung schlechthin bejaht, versagt der Große Senat des Reichsversorgungsgerichts dem Art. 8 der 7. Ergänzung des Besoldungsgesetzes vom 25. Oktober 1922 darum die Anwendung, weil diese Vorschrift nicht „mit den zu einer Verfassungsänderung erforderlichen Mehrheiten (Art. 76 RV.) zustande gekommen ist".

Thoma wertet die Entscheidung des Reichsfinanzhofs zu gering, wenn er annimmt, daß die Urteile „nicht vollen Ernst machen, insofern sie sich zwar auf eine Prüfung der aufgeworfenen Frage einlassen, die Gültigkeit der angefochtenen Gesetze aber bejahen"[22]). Denn, wenn der Reichsfinanzhof auch in beiden Fällen als Ergebnis der Prüfung die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze feststellt, so beweist das doch in keiner Weise, daß mit der Prüfung selbst nicht voller Ernst gemacht worden ist. Läßt vielleicht auch das Ergebnis die Prüfung durch den Richter nicht als so notwendig erscheinen, wie zuweilen angenommen wird, so bleibt immerhin die Stellungnahme des Reichsfinanzhofs als ein einwandfreies Bekenntnis zur richterlichen Prüfungszuständigkeit bestehen[23]).

Jellinek wendet gegen das Urteil des Reichsversorgungsgerichts ein, dieses verliere dadurch an Wert, daß das Reichsversorgungsgericht durch „die irreführende Darstellung des R. A. Görres in der JW. 1924 S. 1564 ff." und durch die unrichtige Wiedergabe der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 107 S. 320 ff. in der DJZ. 1924 Sp. 270 über die tatsächlichen Rechtsprechungsverhältnisse getäuscht worden sei[24]). Allein demgegenüber ist zu erwidern, daß das Reichsversorgungsgericht,

[19]) Vgl. RFH. Bd. 5 S. 333 ff., auch Bd. 7 S. 98 ff.; RVersGer. Bd. 4 S. 168, 189 = JW. 1925 S. 90.

[20]) Vgl. Reichsbahngericht in JW. 1926 S. 2005 f.

[21]) Vgl. Obergericht Danzig in JW. 1924 S. 1379.

[22]) Vgl. Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 269.

[23]) Vgl. Hensel im ArchÖffR. N. F. Bd. 6 S. 331 f.; auch Anschütz a. a. O. zu Art. 70 Anm. 3.

[24]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 39.

als es in die Lage versetzt war, Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen, bei der eingehenden Begründung seiner Zuständigkeit zur Prüfung nicht den Eindruck aufkommen läßt, durch irreführende Mitteilungen in seiner Stellungnahme beeinflußt worden zu sein. Viel mehr lassen die Entscheidungsgründe vermuten, daß das Reichsversorgungsgericht in gleicher Weise geurteilt haben würde, wenn es die Unrichtigkeit gekannt hätte.

Ebensowenig überzeugend klingt die Einwendung Thomas, daß man erst dann von einer Bejahung der Streitfrage durch die obersten Gerichtshöfe sprechen könne, wenn einmal „einem (äußerlich) formgerechten Reichsgesetz wegen mangelnder Zweidrittelmehrheit die Anwendung versagt worden sei, was der Große Senat des Reichsversorgungsgerichts in seiner Entscheidung vom 19. Oktober 1924 tatsächlich getan habe“[25]). Denn gerade das Reichsgericht hat eine so entschiedene, zweifelsfreie Begründung für die Zulässigkeit der Prüfung von Reichsgesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den Richter gebracht, daß Bedenken gegen ein solches Urteil als verfehlt erscheinen müßten[26]). Im Hinblick auf die ergangenen Entscheidungen ist somit als Ergebnis festzustellen, daß sich die obersten Gerichtshöfe für die Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit ausgesprochen haben[27]).

§ 5.

Gesetzgeberische Bestrebungen der neueren Zeit.

Wie die Staatsumwälzung vom 9. November 1918 in dem Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit neue, bedeutsame Gedanken zur Entfaltung gebracht hat, so lassen sich auch seit den Tagen der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung in zunehmendem Maße Bestrebungen erkennen, die darauf hinzielen, die umstrittene Frage gesetzgeberisch einer Lösung entgegenzuführen. Bei den Beratungen der deutschen Reichsverfassung im Verfassungsausschuß ist, wie bereits früher erwähnt, der Abgeordnete Ablaß mit folgendem beachtenswerten Antrag und Vorschlag eines Eventualantrages, der dem jetzigen Art. 108 RV. als zweiter Absatz anzugliedern wäre, hervorgetreten: „Die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze und Verordnungen ist dem richterlichen Prüfungsrecht entzogen. Wenn hundert Mitglieder des Reichstags es beantragen, ist der Staatsgerichtshof dazu berufen,

[25]) Vgl. Thoma in DJZ. 1925 Sp. 573.
[26]) Vgl. Bötticher in LZ. 1926 Sp. 883; Grau im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 246 mit Anm. 9; Schack in Köln. Ztg. 1927 Nr. 229 b.
[27]) Vgl. Breiholdt im ArchöffR. N. F. Bd. 10 S. 322.

die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und die Übereinstimmung von Verwaltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs ist bindend."[1]) Nachdem sich bei der Beratung der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit starke Gegensätze gezeigt hatten, hat Ablaß selbst von seinem diesbezüglichen Eventualantrag Abstand genommen. Der Hauptantrag ist dagegen bei der Abstimmung unter Hinweis auf die Bedenken, die gegen die Schaffung eines Ausnahmegerichts bestehen[2]), mit Stimmengleichheit abgelehnt worden. Trotz dieses Mißerfolges ist anläßlich der Ausschußberatungen des Gesetzentwurfs über die Errichtung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich erneut der Versuch unternommen worden, gesetzgeberisch eine Einigung über die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit herbeizuführen. Allerdings ist auch diesen Bemühungen der Erfolg versagt geblieben[3]). Die Stimmen, die eine Lösung des streitigen Zustandes durch den Gesetzgeber fordern, sind aber seitdem nicht mehr verstummt[4]).

Die neuste Zeit läßt ernstlich die Neigung erkennen, auf gesetzgeberischem Wege dem Problem näher zu treten. Der frühere Reichsminister des Innern Dr. Külz hat im Jahre 1926 in der Deutschen Juristen-Zeitung den Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung von Vorschriften des Reichsrechts mit eingehender Begründung veröffentlicht in der Erwartung, daß „der Versuch der gesetzgeberischen Lösung dieses Problems in der staatsrechtlichen und juristischen Wissenschaft eine starke kritische Würdigung finden wird"[5]). Der Entwurf verspricht Zeitungsmeldungen zufolge Gesetz zu werden. Ob er im Reichstag die erforderliche Mehrheit finden wird, mag dahingestellt bleiben. Soweit der Entwurf unsere Frage betrifft, verdient er, da er immerhin einen „Versuch" bedeutet, die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit, wenn auch nur zögernd und teilweise, zu lösen, im Wortlaut wiedergegeben zu werden. Die fraglichen Bestimmungen lauten folgendermaßen[6]):

---

[1]) Vgl. Ablaß in Prot. d. VerfA. S. 483.

[2]) Vgl. Cohn, Düringer, Kahl, Preuß in Prot. d. VerfA. S. 483—486; and. A. Ablaß, Beyerle, Katzenstein, Sinzheimer a. a. O.

[3]) Vgl. Aktenstücke des Reichstags 1920/21 Nr. 1592.

[4]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 38, 40 ff.; ders. im ArchÖffR. N. F. Bd. 7 S. 352 f.; Nawiasky a. a. O. S. 371; Radbruch in Die Justiz 1925 S. 16; Schack in GruchBeitr. Bd. 66 S. 86; v. Staff in DJZ. 1924 Sp. 752 f.; Thoma im ArchÖffR. N. F. Bd. 4 S. 268 f.; auch S. 284; ders. in DJZ. 1925 Sp. 573; auch Bühler in DJZ. 1921 Sp. 583.

[5]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 837 ff., 842.

[6]) Abgedrückt nach Külz in DJZ. 1926 Sp. 842 f.

„§ 1. Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine nach Inkrafttreten dieses Gesetzes als Gesetz ... verkündete Rechtsvorschrift des Reichsrechts mit der Reichsverfassung im Widerspruch stehe, so können der Reichstag, der Reichsrat oder die Reichsregierung die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich anrufen. Ausgenommen bleiben Verträge mit fremden Staaten und die durch sie bedingten Gesetze.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 gilt sowohl für die Frage, ob die Rechtsvorschrift nach den Vorschriften der Reichsverfassung rechtsgültig zustandegekommen und verkündet ist, wie auch für die Frage, ob ihr Inhalt der Reichsverfassung widerspricht und ob gegebenenfalls die Vorschriften der Reichsverfassung für Verfassungsänderungen gewahrt sind. ...

§ 2. Glaubt ein im letzten oder einzigen Rechtszug entscheidendes Gericht, eine nach Inkrafttreten dieses Gesetzes als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsvorschrift des Reichsrechts deshalb nicht anwenden zu können, weil sie mit der Reichsverfassung im Widerspruch stehe, so hat es unter Aussetzung des Verfahrens der Reichsregierung unter Begründung seiner Rechtsauffassung hiervon Mitteilung zu machen. § 1 Abs. 2 findet Anwendung. ...

Teilt die Reichsregierung innerhalb Monatsfrist nach Eingang der Anzeige dem Gericht mit, daß sie auf Grund des § 1 eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich herbeiführen werde, so hat das Gericht das Verfahren so lange auszusetzen, bis die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Reichsgesetzblatt verkündet ist.

§ 3. Der Antrag auf Entscheidung ist schriftlich bei dem Präsidenten des Staatsgerichtshofs einzureichen. Wenn die Reichsregierung den Antrag nicht selbst gestellt hat, ist sie vor der Entscheidung zu hören. Ihre Erklärungen sind schriftlich abzugeben und zur Kenntnis des Antragstellers zu bringen.

§ 4 folgt Abs. 1.

Der Staatsgerichtshof kann vor der Beschlußfassung eine mündliche Verhandlung anordnen. Er muß dies tun, falls dies von den Antragstellern oder einer beteiligten obersten Reichsbehörde beantragt wird. Der Termin ist den Antragstellern und den beteiligten obersten Reichsbehörden mitzuteilen. Diese können zur Wahrung ihres Standpunktes Beauftragte bestimmen, die mit ihren Ausführungen und Anträgen zu hören sind.

§ 6. Die Reichsregierung hat die Entscheidung ohne Begründung im Reichsgesetzblatt zu veröffentlichen. Die Entscheidung hat Gesetzeskraft."

Für den Entwurf erscheint zunächst bemerkenswert, daß das Antragsrecht, eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich über die Frage der formellen oder materiellen Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift des Reichsrechts herbeizuführen, nur dem Reichstag, dem Reichsrat oder der Reichsregierung gewährt werden soll. Die Anrufung des Staatsgerichtshofs ist aber nicht als Pflicht der allein antragsberechtigten Reichsorgane anzusehen, sondern deren freiem Ermessen überlassen. Damit wird die erstrebte Verwirklichung des Rechtsstaats zu einer politischen Angelegenheit erklärt, ein Weg, der nur wenig dazu angetan ist, den Rechtsstaat zur tatsächlichen Durchführung zu bringen. Der Entwurf betont allzusehr seinen Vergleichscharakter und bringt letzten Endes die Rückkehr zum Polizeistaat. Die vergleichsweise Regelung wird noch deutlicher dadurch, daß der Entwurf nur eine teilweise Bestimmung über die richterliche Prüfungszuständigkeit trifft. Hierdurch wendet er sich von dem österreichischen Vorbild ab, das gerade von Jellinek als wünschenswert angestrebt war[7] [8]).

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs kann die Verfassungsmäßigkeit einer „nach Inkrafttreten dieses Gesetzes als Gesetz verkündeten Vorschrift des Reichsrechts" zum Gegenstand eines Verfahrens vor dem Staatsgerichtshof gemacht werden. Aus der mitgeteilten Fassung ergibt sich grundsätzlich, daß ein Gesetz, das vor Inkrafttreten des vorgesehenen Gesetzes verkündet worden ist, von der Nachprüfung durch den Staatsgerichtshof ausgeschlossen sein soll. Es fragt sich, ob hieraus zu folgern ist, daß es dem bei Gelegenheit eines anhängigen Rechtsstreits berufenen ordentlichen Gericht versagt ist, über die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Reichsgesetzes als Vor- oder Zwischenfrage zu befinden. Der Entwurf hat hierüber keine Bestimmung vorgesehen. Insoweit bleibt es also bei dem verfassungsmäßigen Zustand, der nach der hier vertretenen Ansicht zur Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit führt. Dies stimmt auch mit der Begründung überein, die Külz dem Entwurf mitgegeben hat. Die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung soll, soweit sie bejaht wird, „durch den Entwurf zunächst nicht berührt werden. Kommt es zu Entscheidungen erster Instanz gegen die Gültigkeit eines Gesetzes ..., so hat die Reichsregierung es in der Hand, die dadurch in der Öffentlichkeit eintretende Rechtsunsicherheit durch Anrufung des Staatsgerichtshofs zu beseitigen"[9]).

[7]) Vgl. Jellinek in Veröffentlichungen ... 1925 Heft 2 S. 38, 40 ff.
[8]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 131 f.
[9]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 843.

Külz scheint nach dem Wortlaut seiner Auslassung überdies geradezu von der Zulässigkeit der richterlichen Prüfung auszugehen[10]). Inwieweit auch der Entwurf selbst zu unserer Frage Stellung nimmt, bleibt einer Untersuchung des § 2 des Entwurfs vorbehalten.

Die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs erfährt durch § 1 Abs. 1 Satz 2 eine allgemeine Einschränkung, indem „Verträge mit fremden Staaten und die durch sie bedingten Gesetze" von der Nachprüfung ausgenommen bleiben. Der gesetzgeberische Grund der Beschränkung ist folgender: „Die Verhandlungsfähigkeit und die Bedeutung internationaler Erklärungen der Reichsregierung würden sonst gemindert werden. Reichsregierung und Reichspräsident müssen hier im Rechtsverkehr mit anderen Staaten als autoritative Träger rechtsverbindlicher Willenserklärungen erscheinen."[11]) Zeigt diese Ausführung schon, „wie sehr sich die Reichsregierung als Träger der Außenpolitik fühlt, während nach der Verfassung allein der Reichspräsident zur völkerrechtlichen Vertretung des Reichs befugt ist (Art. 45)[12])", so soll vollends die Wahrung des Verfassungsstaates gegenüber Staatsverträgen dem Reichspräsident und der Reichsregierung überlassen bleiben, zuvörderst aber dem Reichspräsident, also demjenigen Organ, dem gerade die alleinige völkerrechtliche Vertreterbefugnis für das Reich gemäß Art. 45 Abs. 1 RV. anvertraut ist. Damit würde der Reichspräsident zum Richter in eigener Sache erhoben. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Lösung empfehlenswert ist. Sie ist letzten Endes eine Frage des politischen Vertrauens, die im Interesse einer einheitlichen Außenpolitik zu begrüßen wäre, in rechtsstaatlicher Hinsicht aber zu starken Bedenken Anlaß gibt. Wie wenig aber der Entwurf seinem Grundgedanken nahekommt, erhellt daraus, daß er sich mit einer Teillösung bescheidet.

Soweit durch den Entwurf Verträge mit fremden Staaten ausgenommen bleiben, sind diese für die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit ohne Bedeutung. Denn Staatsverträge schlechthin sind keine bindenden Bestandteile des innerstaatlichen Rechts. Andererseits ist jedoch durch Art. 45 Abs. 3 RV. für solche „Bündnisse und Verträge mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen", die Pflicht begründet, diese durch einen Beschluß des Reichstags in innerstaatliches Recht überzuführen. Mit einer solchen Überleitung teilen diese Kraft und Wirkung eines jeden Reichsgesetzes. Für die zur Ausführung der Staatsverträge ergehenden Gesetze entfällt jede

---

[10]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 135.
[11]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 845.
[12]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 137.

Besonderheit. Da nun der Richter durch keinen Rechtssatz gehindert ist, die Verfassungsmäßigkeit auch eines solchen Staatsvertrages zu prüfen, wenn überhaupt wie hier, seine Prüfungszuständigkeit anerkannt wird, so ergäbe sich nach der jetzigen Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs das Mißverhältnis, daß der Staatsgerichtshof nicht in der Lage wäre, eine der Prüfung des ordentlichen Richters entsprechende Entscheidung herbeizuführen, weil Zweifelsfälle dieser Art nicht zu seiner Zuständigkeit gehören. Darin zeigt sich ein Widerspruch, der mit dem mitgeteilten Grundgedanken des Entwurfs in keiner Weise zu vereinbaren ist[13]).

Wie sehr grundsätzlich die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung die Vorlage bestimmt hat, gibt mittelbar § 2 des Entwurfs zu verstehen. Denn, da § 2 des Entwurfs die rechtliche Möglichkeit vorsieht, daß ein im letzten oder einzigen Rechtszug entscheidendes Gericht ein Reichsgesetz wegen Verfassungswidrigkeit „glaubt nicht anwenden zu können", geht dieser davon aus, daß die richterliche Prüfung ebensowenig eines Rechtsgrundes entbehrt wie eine unzulässige Überschreitung der richterlichen Zuständigkeit bedeutet. Darin liegt die Rechtmäßigkeit eines solchen richterlichen Verhaltens ausgesprochen. Sollte der Entwurf Gesetz werden, so wäre gesetzgeberisch hiermit mittelbar die Zulässigkeit der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen durch den Richter anerkannt. Insoweit kann also Külz nicht beigetreten werden, wenn er annimmt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Prüfung nicht berühre[14]).

Andererseits ist nicht zu übersehen, daß die Vorlage für die im letzten oder einzigen Rechtszug entscheidenden Gerichte eine einschneidende Beschränkung enthält, indem sie gerade ein solches Gericht verpflichtet, bei Verneinung der Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes „unter Aussetzung des Verfahrens der Reichsregierung unter Begründung seiner Rechtsauffassung hiervon Mitteilung zu machen". Tritt die Reichsregierung der Ansicht des anzeigenden Gerichtes bei, so hat das Gericht weiterhin das Verfahren so lange auszusetzen, bis eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs erfolgt und im Reichsgesetzblatt verkündet ist. Darin liegt eine wesentliche Beeinträchtigung der höchstrichterlichen Entscheidungen, vor allem des Reichsgerichts, die für deren Ansehen nicht ohne Einfluß bleiben kann. Sind auch die Höchstgerichte letzten Endes nicht an die Auffassung der Reichsregierung gebunden, falls diese es ablehnt, eine Entscheidung des Staatsgerichtshofs herbei-

[13]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 138; Walz in Beil. der LZ. 1927 Sp. 11 f.

[14]) Vgl. Külz in DJZ. 1926 Sp. 843; wie hier: Böttticher in LZ. 1926 Sp. 892; Morstein-Marx a. a. O. S. 138 f.

zuführen, so berührt es immerhin seltsam, daß Rechtsfragen, deren Beantwortung eine eigens richterliche Aufgabe ist, vorerst einer politischen Behörde — und sei es auch die Reichsregierung — zur Begutachtung vorgelegt werden sollen. Damit erreicht das einer Zeitströmung entstammende Mißtrauen gegenüber dem deutschen Richter einen höchsten Gipfel. Die in der vorgesehenen Regelung liegende „Bevormundung" der Höchstgerichte wird zwar durch § 4 Abs. 2 und § 3 Satz 3 — eingeschränkt wiederum durch § 3 Satz 2 — des Entwurfs abgeschwächt, vermag aber die grundsätzlichen Bedenken nicht zu beheben. Abgesehen hiervon wird der eigentliche Grundgedanke der Vorlage, das Reich vor Rechtszersplitterung zu bewahren, nicht voll durchgeführt, da selbst durch das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof die Möglichkeit widersprechender Erkenntnisse unbehoben bleibt[15]).

Aus allen angeführten Gründen ist es um so anerkennenswerter, daß der im § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Entwurfs niedergelegte Grundsatz nicht ausnahmslos geblieben ist. Wie nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs die Prüfungszuständigkeit der Höchstgerichte gegenüber Gesetzen gewahrt bleibt, die vor Inkrafttreten des vorgesehenen Gesetzes verkündet worden sind, so bleibt sie für diese auch in den Fällen erhalten, in denen die Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes bejaht wird, oder aber die Reichsregierung auf eine Anrufung des Staatsgerichtshofs verzichtet. Die Bedeutung der angegebenen Ausnahme von dem Grundsatz ist jedoch nicht zu überschätzen, da nicht zu erwarten steht, daß die Reichsregierung in politisch bedeutsamen Fällen von ihrem Antragsrecht absehen wird. Schließlich bleibt gemäß § 2 Abs. 1 des Entwurfs den Gerichten niederen Rechtszuges die Prüfungszuständigkeit als letzte Unfolgerichtigkeit der Vorlage überlassen, obwohl auch bei diesen Gerichten abweichende Entscheidungen nicht außer dem Bereich der Möglichkeit liegen. Sollte sich allerdings bei diesen Gesichten eine Unsicherheit bei der Rechtsanwendung bemerkbar machen, so ist auch hierfür durch die antragsberechtigten Körperschaften der Reichsgewalt die Möglichkeit gegeben, vermittels einer Entscheidung des Staatsgerichtshofs der mangelnden Rechtssicherheit entgegenzutreten, § 1 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs[16]).

In § 6 des Entwurfs hat der in § 3 Abs. 2 und 3 des Gesetzes vom 8. April 1920 erstmalig niedergelegte Gedanke eine wörtliche Wiederholung erfahren. Mit der ungeänderten Übernahme teilt aber § 6 des Entwurfs auch alle Mängel, welche § 3 Abs. 2 und 3 des vorgenannten

---

[15]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 139 f., 108 ff.

[16]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 140; Schack in Köln. Ztg. 1927 Nr. 229 b.

Gesetzes anhaften, so daß grundsätzlich auf frühere Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. S. 41 f.). Immerhin glauben wir wiederholen zu dürfen, daß uns die Ausstattung der Entscheidung mit „Gesetzeskraft" als nicht empfehlenswert erscheint, da diese allzusehr dazu angetan ist, in eine an sich einleuchtende Rechtslage Verwirrung hineinzutragen. Durch das Erkenntnis des Staatsgerichtshofs wird die dem fraglichen Gesetz von Anfang an eigentümliche Nichtigkeit festgestellt. Das ist sowohl für das Gesetz vom 8. April 1920 wie für den neuen Entwurf ausdrücklich betont worden[17]). Damit bleibt aber kein Raum mehr für eine lex specialis, „da doch gar kein neues Recht mehr zu schaffen, sondern lediglich eine Rechtswirkung festzustellen ist"[18]). Soll das Urteil auch für und gegen Alle wirken, so bedarf es dazu nicht der „Gesetzeskraft", zumal in § 629 Abs. 2 ZPO. der Begriff der „Rechtskraft für und gegen Alle" ausgebildet ist. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum an dem in § 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 8. April 1920 erstmalig geschaffenen Begriff der „Gesetzeskraft" für eine gerichtliche Entscheidung festgehalten werden soll. Die Fassung ist nur geeignet, neue Streitpunkte zu schaffen, ohne das Wesen der Entscheidung des Staatsgerichtshofs zu berühren[19]).

Es muß hier versagt bleiben, auf alle Einzelheiten des Külzschen Entwurfs einzugehen. Immerhin dürften die für die Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit wesentlichen Leitsätze umrissen sein. Zusammenfassend kann der Versuch, das Problem gesetzgeberisch zu lösen, nicht als gelungen bezeichnet werden. Infolge des Vermittlungscharakters, wissenschaftlich wie politisch, läßt der Entwurf es in wesentlichen Teilen an Vollständigkeit, Folgerichtigkeit, Straffheit und Klarheit fehlen. Statt eine Lösung der alten Streitfrage herbeizuführen, bringt er neue Bedenken und Zweifelsfragen. Im Ergebnis überschreitet er das, was nach der hier vertretenen Ansicht als erstrebenswert erscheint. Aus den vorgetragenen Bedenken wäre es zu begrüßen, wenn der Entwurf einer gründlichen Nachprüfung unterzogen würde, ehe er zum Gesetz erhoben wird. Vor allem aber sei auf die schwerwiegenden Folgen hingewiesen, die die Aufgabe des bedingungslosen Rechtsstaates mit sich bringt[20]).

---

[17]) Vgl. Aktenstücke der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung 1919/20 Nr. 2056; Külz in DJZ. 1926 Sp. 844.

[18]) Vgl. Bötticher in LZ. 1926 Sp. 887.

[19]) Vgl. Bötticher in LZ. 1926 Sp. 886 ff.; im Ergebnis Anschütz a. a. O. zu Art. 13 Anm. 3 u. 1 d; Morstein-Marx a. a. O. S. 110 f.

[20]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 143; Schack in Köln. Ztg. 1927 Nr. 229 b.

C. Schluß.

Die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung ist heute noch ein ebenso umstrittenes Gebiet wie zur Zeit des alten Staatsrechts, wenn auch die Neigung in Wissenschaft und Rechtsprechung, das Problem im bejahenden Sinne zu beantworten, nicht zu verkennen ist. Wie schon anläßlich der Verfassungsberatungen mit der Möglichkeit gerechnet worden ist, daß der ordentliche Richter gelegentlich eines anhängigen Rechtsstreites einem verfassungswidrigen Reichsgesetz die Anerkennung versagen würde, so ist dieser Umstand in der Folgezeit stärker hervorgetreten.

Die Reichsverfassung vom 11. August 1919 hat die richterliche Prüfungszuständigkeit weder verfassungsmäßig anerkannt noch verfassungsmäßig ausgeschlossen. Damit ist die endgültige Entscheidung der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen worden. Da die Reichsverfassung keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, muß für den Richter seine allgemeine Stellung zum Gesetz, dem er verfassungsrechtlich allein unterworfen ist, maßgebend sein. Gesetz im Sinne der Verfassung ist aber nur der verfassungsmäßig zustandegekommene und sachlich der Verfassung entsprechende Akt der Gesetzgebung. Sind die verfassungsmäßigen Voraussetzungen, die schlechthin keine Unterscheidung nach Form und Inhalt zulassen, nicht einwandfrei erfüllt, so liegt ein Scheingesetz, ein rechtlich irrelevanter, nichtiger Akt der Gesetzgebung vor. Daraus ergibt sich notwendig Recht und Pflicht des Richters, im Zweifel zu untersuchen, ob eine als Gesetz bezeichnete Anordnung auch wirklich ein Gesetz im Sinne des geltenden Rechts darstellt. Gelangt der Richter im konkreten Rechtsstreit zu der Überzeugung, daß der äußerlich als Gesetz erscheinende Tatbestand den verfassungsmäßigen Voraussetzungen nicht entspricht, so hat er die nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen als verfassungswidrig erkannte Anordnung außer Anwendung zu lassen und seiner Entscheidung die Rechtslage zugrunde zu legen, die bestehen würde, wenn die verfassungswidrige Anordnung niemals ergangen wäre.

Nach verfassungsrechtlich erkannter Zulässigkeit der richterlichen Prüfung dürfte es noch zweckdienlich erscheinen, auf die praktische Ausgestaltung und Bedeutung unserer Frage hinzuweisen. In diesem Zusammenhang verdient vor allem die Rechtsprechung der Höchstgerichte, an erster Stelle des Reichsgerichts, erneute Hervorhebung. Die Rechtsprechung weist seit der Staatsumwälzung eine grundlegende Wendung auf. Ebenso wie das Reichsgericht bis zur Revolution eine be-

denkenfreie Stellungnahme vermieden hatte, so läßt sich seit dem gleichen Zeitpunkt der bewußte und unbeirrte Wille erkennen, der letzten Endes zur uneingeschränkten Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit führt. Das ist tatsächlich und rechtlich durch die Entscheidung vom 4. November 1925 über die Rechtsgültigkeit des Hypotheken-Aufwertungsgesetzes geschehen[1]). Mit dieser Entscheidung erübrigt sich eine Aufforderung an das Reichsgericht, zu der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit verantwortlich Stellung zu nehmen. Hat auch das Reichsgericht im Ergebnis die Rechtsbeständigkeit des genannten Gesetzes bejaht, so läßt doch die klare rechtliche Begründung, die dieses für seine Zuständigkeit zur Prüfung gefunden hat, keinen Zweifel daran aufkommen, daß das höchste Gericht im gegebenen Fall ebensowenig davor zurückschrecken wird, einem Reichsgesetz wegen Verfassungswidrigkeit die Anwendung zu versagen.

Mit diesem Erkenntnis ist die höchstrichterliche Stellungnahme beschlossen. Sie wird nach der in der deutschen Rechtsprechung üblichen geistigen Bindung an die höchstrichterliche Entscheidung für die Gerichte niederen Rechtszuges nicht ohne Einfluß bleiben. Damit verknüpft sich allerdings die Frage, ob das, was für das Reichsgericht als gerechtfertigt erscheint, für die Gerichte niederen Rechtszuges nicht zum Zerrbild wird. Mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der richterlichen Prüfung schlechthin versagen rechtliche Bedenken. Staatspolitisch ist aber nicht zu ersehen, aus welchem Grunde der Prüfung der Gerichte geringeren Rechtszuges unüberwindlichere Bedenken entgegenstehen sollten als der der Höchstgerichte. Soweit staatspolitische Bedenken bestehen, erfassen diese die richterliche Prüfungszuständigkeit grundsätzlich. In der Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung eines Gerichtes niederen Rechtszuges durch Rechtsmittel liegt in den meisten Fällen ein m. E. ausreichender Schutz der beschwerten Partei.

In staatspolitischer Hinsicht erscheint der geltende Rechtszustand allerdings nicht durchaus befriedigend. Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen wird von jedem einzelnen Gericht gesondert bei jedem anhängigen Rechtsstreit vorgenommen, da es an einer allgemein bindenden Feststellung durch das erstmalig prüfende Gericht ermangelt. Die Folgen dieses Rechtszustandes sind offenbar. Da die Gerichte die Prüfung nach ihrer Rechtsüberzeugung vorzunehmen haben, liegt die Gefahr nahe, daß in einem Rechtsstreit einem Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit die Anwendung versagt bleibt, während in einer anderen Rechtssache das gleiche Gesetz als verfassungsmäßig angesehen und zur Grundlage einer Entscheidung erhoben wird. Allein

[1]) Vgl. RGZ. Bd. 111 S. 320 ff.

die hierin liegende Ungereimtheit vermag einen gesetzgeberischen Eingriff vorerst nicht zu rechtfertigen. Denn beide Bedenken berühren Möglichkeiten, die ganz allgemein ebenso für die wiederholte Entscheidung eines gleich gelagerten Tatbestandes wie für die widersprechende Auslegung desselben Gesetzes durch verschiedene Gerichte bestehen. Im übrigen sollte nicht übersehen werden, daß die Gefahr der Rechtszersplitterung nicht zum geringsten Teil durch die herkömmliche geistige Bindung der Gerichte an die Vorentscheidung eines Gerichtes höheren Rechtszuges an Wahrscheinlichkeit verliert.

Schließlich verdient noch hervorgehoben zu werden, daß die richterliche Prüfungszuständigkeit gerade für die Sicherheit der Verfassung von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. Die Erheblichkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die richterliche Prüfung bisher nur in verhältnismäßig wenigen Fällen hervorgetreten ist. Maßgeblich ist vielmehr, daß die richterliche Prüfungszuständigkeit im gegebenen Fall immerhin in die Erscheinung treten kann. Die Tatsache schon, daß die Möglichkeit besteht, der Richter werde einem vom Reichstag beschlossenen und vom Reichspräsidenten ausgefertigten und verkündeten Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit die Anerkennung verweigern, wird auf das verfassungsmäßige Handeln aller an dem Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe dauernd nicht ohne Einfluß bleiben. Die Möglichkeit der richterlichen Nachprüfung wird somit in bescheidenem, wenn auch nicht zu unterschätzendem Ausmaße dazu beitragen, „den Bestand des Verfassungsrechts . . . zu sichern und über die unmittelbare Zweckbestimmung hinauszuwirken. Richterliche Prüfungszuständigkeit heißt Herrschaft der Verfassung“ [2]).

[2]) Vgl. Morstein-Marx a. a. O. S. 157.

Lebenslauf.

Am 17. Juni 1904 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Franz Hecking und seiner Ehefrau Maria geb. Brée zu Köln geboren. Von Ostern 1910 bis Ostern 1914 besuchte ich die Volksschule zu Köln-Ehrenfeld. Von Ostern 1914 bis Ostern 1917 erhielt ich meine weitere Schulbildung auf dem humanistischen Gymnasium daselbst. Von Ostern 1917 an besuchte ich das Realgymnasium in der Kreuzgasse in Köln, welches ich am 5. März 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Zu Beginn des Sommersemesters 1923 bezog ich die Philipps-Universität zu Marburg und widmete mich dort dem Studium der Rechtswissenschaft. Ostern 1926 wurde ich exmatrikuliert. Am 8. September 1926 bestand ich vor der Hohen Juristischen Prüfungskommission des Oberlandesgerichts zu Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Am 19. Oktober 1926 wurde ich zum Referendar ernannt. Am 12. Juli 1927 bestand ich vor der Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung.

Es sei mir gestattet, auch an dieser Stelle meinem hochverehrten Lehrer Herrn Professor D. Dr. Dr. Bredt für manche Anregungen zu der vorstehenden Arbeit meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.